UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DES OPPOSITIONS

A L'OUVERTURE

DES ÉCOLES PRIMAIRES PRIVÉES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le 12 juillet 1920, à 10 heures un quart

PAR

Etienne THILLY

DOCTEUR EN DROIT (SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES)
DIPLÔMÉ DE L'ÉCOLE DES HAUTES ÉTUDES COMMERCIALES

Président : M. SCELLE, *professeur*

Suffragants : M. DESLANDRES, *professeur.*
M. GUILLOIS, *professeur agrégé.*

DIJON
IMPRIMERIE JOBARD
9, Place Darcy, 9

1920

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DES OPPOSITIONS

A L'OUVERTURE

DES ÉCOLES PRIMAIRES PRIVÉES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le 12 juillet 1920, à 10 heures un quart

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

PAR

Etienne THILLY

DOCTEUR EN DROIT (SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES)
DIPLÔMÉ DE L'ÉCOLE DES HAUTES ÉTUDES COMMERCIALES

Président : M. SCELLE, *professeur.*

Suffragants : M. DESLANDRES, *professeur.*
M. GUILLOIS, *professeur agrégé.*

DIJON
IMPRIMERIE JOBARD
9, Place Darcy, 9

1920

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A mes Parents

BIBLIOGRAPHIE

GRÉARD, *La législation de l'instruction primaire en France depuis 1789 jusqu'à nos jours*, 1901, 7 vol.

GOBRON, *Législation et jurisprudence de l'enseignement public et de l'enseignement privé en France*, 1896, 1 vol.

SCHMIT, *Les arrêts du Conseil supérieur de l'instruction publique*, de 1887 à juillet 1911, 4 vol.

Bulletin administratif du Ministère de l'instruction publique.

BÉQUET, *Répertoire de droit administratif*, au mot « Instruction publique ».

GRIMAUD, *Histoire de la liberté d'enseignement*, thèse, 1898.

DELFAU, *Napoléon Ier et l'instruction publique*, thèse, 1902.

A. THOMAS, *La liberté de l'enseignement en France de 1789 à nos jours*, thèse, Paris, 1911.

A. RIVET, *La législation de l'enseignement primaire libre*, thèse, Lyon, 1891.

G. COMPAYRÉ, *Des juridictions universitaires*, thèse, Lyon, 1899.

VANDEN-MEERSCHAUT, *Des juridictions universitaires*, thèse, Paris, 1903.

L. PICARD, *Le Conseil départemental de l'enseignement primaire*, thèse, Poitiers, 1907.

H. BENOIT, *L'enseignement primaire libre*, thèse, Montpellier, 1909.

VIGNERAS, *Le Conseil départemental de l'enseignement primaire*, thèse, Paris, 1911.

BONNET et GRIVEAU, *Des causes des oppositions à l'ouverture des écoles privées*, 1905.

BION et MARTINUS DE ROUX, *Guide pratique pour la construction des écoles libres*, 1919.

Commentaire de la loi du 30 octobre 1886 (*Bulletin de la Société générale d'éducation*, 4e édit., 1901).

SIREY, DALLOZ, Recueil LEBON, *Bulletin de la Société générale d'éducation*, etc.

ABRÉVIATIONS

C. sup., 24 juillet 1903, Girard, III, 365 = Conseil supérieur de l'instruction publique, séance du 24 juillet 1903, affaire Girard, dans Schmit, arrêts du Conseil supérieur, tome III, page 365.

C. sup., 12 fév. 1914, Bouhélier, Bull. adm., I, 239, n° 1043 = Conseil supérieur de l'instruction publique, séance du 12 février 1914, affaire Bouhélier, au Bulletin administratif du Ministère de l'instruction publique, année 1914, tome I, page 239, n° 1043 (numérotage des arrêts du Conseil supérieur).

Orléans, 21 fév 1888, Gendron, S. 88, II, 81 = Cour d'appel d'Orléans, arrêt du 21 février 1888, au Sirey, année 1888, deuxième partie, page 81.

Cass., 17 janvier 1902, Duval, D. 02, I. 169 = Arrêt de la Cour de cassation du 17 janvier 1902, affaire Duval, au Dalloz, année 1902, I^re^ partie, page 169.

C. d'Et., 15 novembre 1851, Pierquin, Leb., 676 = Arrêt du Conseil d'Etat du 15 novembre 1851, affaire Pierquin, au recueil Lebon, année 1851, page 676.

Bull. Soc. gén. éduc., 1891, p. 153 = Bulletin de la Société générale d'éducation et d'enseignement, année 1891, page 153.

INTRODUCTION

La liberté d'enseignement existe en France, mais elle n'est pas illimitée, absolue. La loi a institué un contrôle assez sérieux de l'Etat sur les activités qui cherchent à se dépenser dans le domaine de l'enseignement, non pas dans le but d'empêcher la diffusion de certaines doctrines religieuses ou philosophiques, mais uniquement afin de s'assurer de la capacité de l'instituteur privé, et de la convenance de l'école au point de vue des bonnes mœurs et de l'hygiène.

La liberté d'enseignement est donc subordonnée dans son exercice à diverses conditions ; notamment, tout individu peut en l'état actuel du droit ouvrir une école primaire où il veut, pourvu qu'il remplisse les formalités exigées pour permettre la surveillance de la puissance publique. Quiconque désire enseigner doit présenter des garanties de capacité et de moralité et déclarer son intention au maire de la commune et à l'inspecteur d'académie. Dans l'intérêt des bonnes mœurs et de l'hygiène, ces deux fonctionnaires jouissent, pour s'opposer à l'ouverture de l'école, d'un délai pendant lequel l'instituteur est obligé de surseoir à l'ouverture de son école ; à l'expiration de ce délai, l'école ne peut fonctionner que si aucune opposition n'a été formée.

C'est ce droit d'opposition aux ouvertures d'écoles primaires privées qui fait l'objet de ce travail. Dans cette brève introduction, nous rechercherons dans quels rapports il se trouve avec la liberté d'enseignement, à quelle conception de la liberté il se

rattache et quels caractères généraux il présente dans la législation actuelle.

§ 1er. — *Du droit d'opposition et de la liberté d'enseignement.*

L'étude des oppositions à ouverture d'écoles soulève une question d'importance primordiale : celle du droit que possèdent les particuliers de fonder des établissements scolaires. Quelque considérable que soit ce droit, il ne constitue pas à lui seul toute la liberté d'enseignement ; on imaginerait très bien, en effet, un régime scolaire dans lequel le droit de tenir école serait absolu et qui, malgré cela, ne réaliserait pas le moins du monde la liberté, par exemple si les programmes, les méthodes, l'esprit de l'enseignement étaient imposés par l'Etat (1). Si nous ne voulons pas nous faire une idée fausse du degré de liberté de l'enseignement d'après ce qui n'en est qu'une fraction, force nous est de situer le droit d'ouvrir école dans l'ensemble de droits qui constituent ce qu'il est convenu d'appeler d'une façon un peu elliptique la liberté de l'enseignement.

Nous occupant de l'enseignement privé, nous laisserons de côté l'enseignement public que touche également le problème de la liberté d'enseignement. L'école publique n'a-t-elle pour but que de répandre l'instruction dans la masse, ou bien ses professeurs sont-ils astreints plus ou moins rigoureusement à enseigner la doctrine qui a reçu l'estampille de l'Etat ? Cette question délicate, résolue dans le sens de la liberté pour l'enseignement supérieur des Facultés, se pose avec une acuité toute spéciale en ce qui concerne l'enseignement primaire public, elle déborde tout à fait notre sujet ; nous devions néanmoins la mentionner pour montrer que la liberté d'enseignement intéresse également le corps professoral public.

La liberté d'enseignement a pour fondement d'une part le droit du père de famille sur ses enfants, d'autre part la liberté de pensée. Si l'enfant appartient à sa famille d'abord avant d'appartenir à l'Etat — et cela nous semble une vérité de droit naturel aussi bien qu'une compensation légitime des devoirs des parents

(1) Voir *infra* l'arrêté du Directoire du 17 pluviôse an VI.

vis-à-vis de leurs enfants — les parents doivent avoir la possibilité d'élever leurs enfants eux-mêmes ou de les faire élever dans l'école qui répond à leurs convictions. Cela implique trois libertés partielles : liberté de l'enseignement domestique, liberté pour chacun de mettre ses enfants dans l'école de son choix, liberté pour chacun de fonder des écoles. Ces deux dernières libertés sont corrélatives l'une à l'autre, elles se complètent et l'une ne va pas sans l'autre : il est bien évident en effet que si l'Etat établit le monopole universitaire, la liberté de choisir son école est impossible ; de même si les citoyens ou une catégorie de citoyens sont tenus d'envoyer leurs enfants aux écoles d'Etat, la liberté de fonder des écoles privées est d'autant réduite, car il est contradictoire de permettre aux particuliers d'ouvrir des écoles et en même temps d'empêcher les parents d'y envoyer leurs enfants.

La liberté d'enseignement a pour second fondement la liberté de pensée : en effet, dire que la pensée est libre, sans que cela implique la faculté pour chacun d'exprimer et de propager sa pensée, est un truisme sans conséquences : l'esprit humain est inaccessible à l'homme, et nul moyen de coercition n'est efficace contre lui, c'est une évidence que personne ne conteste. Reconnaître la liberté de pensée n'a donc d'intérêt que si cela signifie pour chacun la possibilité de répandre ses convictions, réserve faite de la sauvegarde de l'ordre public et des bonnes mœurs. Or cette liberté, consacrée par le Droit public français, serait mutilée, incomplète, si elle ne pouvait se manifester par l'enseignement.

Certains auteurs (1) objectent que la liberté d'enseignement, sans danger lorsque les élèves sont adultes, est redoutable en ce qui concerne les enfants, parce que la malléabilité de leur cerveau les laisse sans défense en face d'un enseignement dont ils sont incapables de faire la critique. Nous ne croyons pas que cette considération soit décisive ; car, si la persistance des croyances de l'enfance est un fait psychologique connu, il ne faut pas croire à sa puissance fatale, il devient toujours possible, à un

(1) Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 1909, p. 1065.

moment donné, de rejeter une doctrine que l'on a reçue enfant. D'ailleurs, sans parler de la difficulté qu'il y a à observer une stricte neutralité sur toutes les questions, cette neutralité de l'enseignement elle-même n'aboutirait-elle pas très probablement à un résultat opposé à celui que l'on cherche : la diffusion d'une doctrine, du scepticisme ? Il est donc préférable de laisser aux parents la liberté complète sur ce point : c'est la solution la plus naturelle, la plus respectueuse des droits en présence.

La liberté d'enseignement, basée sur ces principes, comprend deux choses distinctes :

1° La liberté d'être enseigné : cette liberté, pour être absolue, devrait comporter à la fois celle de ne pas être enseigné et celle de choisir son école. Mais le législateur a cru de l'intérêt national, aussi bien que de celui des enfants et des familles, d'imposer la fréquentation scolaire aux enfants de 6 à 13 ans (loi du 28 mars 1882, art. 4). En ce qui concerne le choix de l'enseignement (enseignement domestique, école privée, école publique), toute liberté est laissée au père de famille au moins théoriquement.

2° La liberté d'enseigner : cette liberté nous intéresse plus particulièrement. Elle se décompose à son tour en plusieurs. Tout citoyen, quel qu'il soit, a-t-il le droit d'enseigner ? Ceux qui remplissent les conditions requises pour être instituteurs, ont-ils le droit d'ouvrir une école sans aucune formalité et sans restrictions ? L'instituteur privé, à la tête de son école, n'est-il comptable de sa gestion qu'aux parents des élèves ?

La loi a estimé que la profession d'instituteur, à l'instar de celles de médecin et de pharmacien, était trop délicate pour ne pas soumettre ceux qui s'y adonnent à certaines conditions d'âge, de nationalité, de capacité. Permettre à une personne trop jeune et inexpérimentée de se livrer à l'éducation des enfants, constitue en effet un danger pour ces derniers en même temps qu'une menace pour l'utilité de l'enseignement ; or, si l'instruction est obligatoire, cela s'entend raisonnablement d'un enseignement susceptible de donner des fruits. De plus, avec la famille, l'école est la grande éducatrice des âmes, c'est pour ainsi dire la pépinière des futurs citoyens ; le législateur a donc bien

fait d'exiger d'une façon générale que les instituteurs jouissent de la qualité de Français. Enfin, bien qu'il ne soit pas absurde de supposer qu'entre deux maîtres, l'un ignare, l'autre instruit, les familles choisiront le second, il est de beaucoup préférable que l'on impose aux instituteurs un minimum de capacité, constaté par l'obtention d'un diplôme (brevet); on écarte ainsi du public tout danger de mystification ou d'engouement mal fondé, on lui épargne également la tâche, qui serait malaisée pour beaucoup, de vérifier le degré de savoir d'un instituteur. Ajoutons que ceux qui ont subi des condamnations infamantes ne peuvent être instituteurs : cette prescription va de soi.

Telles qu'elles sont, ces restrictions sont donc parfaitement fondées : la nation ne souffre pas de ce qu'on exige du corps enseignant des garanties, qui sont des limitations nécessaires, ou du moins très utiles, de la liberté; on ne saurait qu'y applaudir, la liberté n'étant un bien que lorsqu'elle est définie de façon à en prévenir les abus.

Par contre, l'ostracisme qui frappe les instituteurs congréganistes est une mesure contraire à la liberté et injustifiable (loi du 1er juillet 1901 et loi du 7 juillet 1904) : d'après ces lois, les congréganistes ne possèdent pas le droit d'ouvrir des écoles. De quelques sophismes que l'on déguise cette interdiction, il est clair que les congréganistes sont des citoyens au même titre que n'importe quel Français et qu'ils doivent en bonne justice jouir de tous les droits accordés au reste de la nation.

L'intervention de l'Etat ne s'arrête pas là. Tout Français, remplissant les conditions ci-dessus, ne peut ouvrir une école primaire; il doit pour cela accomplir certaines formalités (déclarations d'ouverture d'école), qui permettent à l'Etat de veiller à la sauvegarde de la morale et de l'hygiène publiques dont il a la charge (opposition à ouverture d'école). Là encore restriction à la liberté, mais restriction justifiée dans son principe.

Enfin troisième intervention de l'Etat, qui se manifeste par la surveillance exercée sur les écoles privées en fonctionnement et par les peines disciplinaires dont les instituteurs privés sont passibles en certains cas de la part des autorités universitaires. Cette intervention de l'Etat ne détruit pas non plus la liberté,

parce qu'elle ne vise pas à imposer l'usage de livres (1), une méthode, un esprit déterminés : elle tend simplement à ce que les écoles privées soient irréprochables au point de vue de la moralité, de l'hygiène, à ce que l'enseignement y soit convenable, à ce que le corps professoral possède un minimum de moralité professionnelle. Cependant, nous ferons observer que cette surveillance est exercée par des membres de l'enseignement officiel, rivaux par conséquent de l'enseignement privé, et que les conseils universitaires, chargés de la répression des abus, sont composés en majeure partie de membres de l'enseignement public et portés par conséquent à la sévérité. Nous n'avons pas à entrer dans le détail à cet égard, mais il importait de signaler ce fait pour avoir une idée précise du régime actuel.

Pour terminer cette esquisse, remarquons que la liberté d'enseignement est encore limitée indirectement en France par deux causes : 1° par l'institution d'écoles publiques, nombreuses et gratuites, dont la concurrence est redoutable ; 2° par le monopole des grades que s'est réservé l'Etat, ce qui restreint la liberté des méthodes d'enseignement.

En somme, on peut dire que la liberté d'enseignement existe en France pour l'enseignement primaire, sous réserve de diverses exigences ayant trait à la capacité des maîtres, à l'hygiène et à la moralité.

§ 2. — *Justification du droit d'opposition.*

Nous venons de voir la place tenue par le droit d'ouvrir école parmi l'ensemble de droits qui constituent la liberté d'enseignement. Son importance étant ainsi déterminée, nous étudierons les raisons qui justifient sa réglementation par l'Etat.

Nous avons déjà signalé que l'Etat intervient en cette matière par le droit d'opposition à ouverture d'école accordé au maire et à l'inspecteur d'académie pour des causes tenant à l'hygiène et aux bonnes mœurs. Deux questions se posent à ce sujet : l'intervention de l'Etat, prise *in abstracto*, est-elle légitime ? l'interven-

(1) Ajoutons cependant que le Conseil supérieur de l'instruction publique peut interdire l'usage de certains livres dans toutes les écoles privées et publiques (loi 27 février 1880, art. 5).

tion de l'Etat, sous la forme que lui donne la loi actuelle, est-elle justifiée, en d'autres termes satisfait-elle à la fois aux droits de la puissance publique et à ceux des individus?

Il est difficile de répondre autrement que par l'affirmative à la première question. L'Etat a le droit de veiller à ce que la santé et l'âme des enfants ne soient pas mises en péril par la mauvaise qualité d'une école. Sans doute les parents sont les gardiens naturels de leurs enfants, souvent même ils sauront s'abstenir de les envoyer dans une école malsaine, mais, d'une façon générale, ils n'ont pas la compétence voulue pour apprécier les questions d'hygiène et de moralité, ils sont le jouet de leurs habitudes qui ne leur permettront pas de voir le danger là où il existe; en outre, ils peuvent se laisser persuader par une propagande habile qui fera miroiter à leurs yeux les avantages de la nouvelle école, en ayant soin de dissimuler ses défauts. Nous concluons donc nettement à la légitimité et à l'utilité de l'intervention de l'Etat.

Mais cette dernière peut se produire suivant plusieurs modes, qui se rattachent tous à deux grands systèmes : le système répressif, le système préventif (1). D'après le premier, base du régime de droit commun en France, l'Etat n'intervient qu'après coup, pour réprimer les écarts ou les délits dont les particuliers se sont rendus coupables; aucune permission n'est à demander pour agir, seulement il existe des règles dont la transgression entraîne des poursuites contre son auteur. C'est ainsi par exemple que la presse est soumise au régime de droit; en temps normal, aucune censure, aucune autorisation n'est requise pour la publication des journaux, mais si un journaliste s'avise d'injurier ou de diffamer un tiers, il s'expose à être poursuivi par lui devant la juridiction compétente. On pourrait très bien imaginer pour les ouvertures d'écoles un régime de droit purement répressif; dans cette hypothèse, tout individu, pourvu des diplômes requis, ouvrirait son école, avec ou sans déclaration, sans avoir à obtenir d'autorisation, sans qu'aucune opposition soit possible; mais alors, si quelque élève venait à souffrir de l'insalubrité de

(1) Voir Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1907, p. 497.

l'école par exemple, l'instituteur serait passible des peines prévues par la loi.

Ce système n'offre pas grand inconvénient lorsque l'ordre public et l'hygiène publique ne sont pas en jeu, car les dommages causés par l'abus de la liberté sont alors facilement réparables au moyen de l'action en justice. En outre, ce système garantit parfaitement la liberté des citoyens, puisque ceux-ci ne sont pas exposés à des refus arbitraires de l'administration ; d'autre part, leur responsabilité n'est mise en cause que dans les cas strictement énumérés par la loi pénale.

Il n'en est pas de même lorsque l'activité des citoyens est susceptible de troubler l'ordre public, de causer des dommages au corps et à l'âme des autres citoyens ; dans ces cas, la réparation obtenue en justice sera rarement proportionnelle au dommage, et ce dommage lui-même sera difficile à évaluer avec exactitude ; la maxime courante : « Il vaut mieux prévenir que guérir », reprend ici toute sa force. Or, si l'on réfléchit que le mauvais conditionnement d'une école met en danger le corps et l'âme des élèves, on comprendra sans peine la supériorité d'un régime préventif ou de police en cette matière. Ce régime affecte des modalités très différentes : on peut, comme au temps de l'Université, exiger des futurs directeurs d'école une autorisation en règle, ou bien, et c'est la solution adoptée par la loi du 30 octobre 1886, enjoindre à l'instituteur de surseoir un certain temps à l'ouverture de l'école, afin de permettre au maire et à l'inspecteur d'académie d'y faire opposition, s'ils estiment que les règles essentielles de l'hygiène et de la moralité sont violées. Et il y a bien d'autres combinaisons intermédiaires possibles ; nous nous contenterons d'examiner ces deux-là, que l'histoire permet de juger.

L'autorisation préalable, radicale dans ses effets, réduit à peu près à néant la liberté d'enseignement. Le droit de refuser l'autorisation demandée n'étant pas assez circonscrit, c'est l'arbitraire le plus absolu et le règne du bon plaisir ; à moins d'imaginer des recours contre les décisions des autorités chargées d'accorder les autorisations, à moins de délimiter avec précision les causes valables de refus d'autorisation, ce régime est incon-

ciliable avec les principes actuels du droit public ; d'ailleurs, modifiée dans le sens indiqué, l'autorisation préalable ne se différencierait guère que par le nom de l'opposition.

Aussi nous lui préférons l'opposition, qui sauvegarde tout aussi bien l'hygiène et la moralité, sans favoriser l'arbitraire administratif. C'est qu'en effet, lorsque la nature des choses impose le régime préventif, ce régime, pour ne pas tourner à l'arbitraire, doit être strictement organisé : les autorités chargées d'intervenir doivent être désignées limitativement, ainsi que les causes et conditions de leur intervention, et de plus, il doit y avoir des recours sérieux contre leurs décisions. A ces seules conditions, le régime préventif est acceptable. En étudiant les caractères généraux du droit d'opposition, nous verrons qu'il présente les critériums d'un régime préventif respectueux de la liberté des citoyens.

§ 3. — *Caractères généraux du droit d'opposition.*

Le droit d'opposition à ouverture d'école privée est un moyen préventif conçu dans le but d'empêcher la liberté d'enseignement de dégénérer en abus préjudiciables à la santé et à la moralité des élèves. A l'inverse de ce qui avait lieu au temps de l'autorisation préalable, ce moyen préventif est entouré de garanties très fortes, constituant soit des barrières à l'arbitraire, soit des procédés permettant à l'instituteur lésé par une décision injuste de la faire réformer. C'est dire que le droit d'opposition n'est pas absolu, mais qu'il est étroitement délimité.

Il l'est à un premier point de vue en ce sens que, la liberté étant la règle, toutes les dispositions légales qui y dérogent doivent être interprétées strictement. Tous les textes relatifs à l'opposition sont donc de droit strict, on ne les applique qu'aux hypothèses expressément prévues par eux ; mais il s'agit là d'une règle d'interprétation et non de fonds.

Les limitations du droit d'opposition sont au nombre de quatre : limitation du nombre des opposants, limitation des causes valables d'opposition, limitation du temps donné pour faire opposition, institution de recours contentieux contre les décisions d'opposition.

1° *Limitation du nombre des opposants.* — Deux seules personnes peuvent faire opposition : le maire de la commune et l'inspecteur d'académie, soit de son propre mouvement, soit sur réquisition du procureur de la République. Cela n'est pas du reste une caractéristique du droit d'opposition, car l'autorisation préalable ne pouvait, elle aussi, être accordée que par le grand maître d'abord, par le recteur ensuite. Il serait imprudent d'abandonner au premier venu, même aux parents, comme une sorte d'*actio popularis,* le droit de s'opposer à l'ouverture des écoles, parce qu'alors il suffirait d'une rancune de village, d'une mauvaise plaisanterie, pour entraver le libre développement des écoles privées ; sans doute les habitants, qui connaissent les défauts peut-être non apparents d'une maison d'école, ne sont pas désarmés, ils avertiront le maire ou l'inspecteur, qui jugeront alors s'il y a lieu pour eux de s'opposer à l'ouverture de l'école. Du reste, chaque déclaration d'ouverture d'école doit être affichée pendant un mois à la mairie (décret du 18 janvier 1887, art. 158, § 2 et 3) ; n'est-ce pas justement dans le but d'engager les particuliers à éclairer les opposants sur la situation de la future école ? Mais toujours l'opposant reste maître d'agir ou de ne pas agir, les citoyens sont pour eux de simples collecteurs de renseignements.

Pour que la liberté d'enseignement soit pleinement garantie, il ne suffit pas que le nombre des opposants soit restreint, il faut encore que ce choix soit judicieux et concilie à la fois le droit des particuliers et celui de la puissance publique. A cet égard, le choix du maire et de l'inspecteur d'académie comme opposants doit-il être approuvé ? Au point de vue des droits de l'Etat, oui ; l'expérience a démontré que l'inspecteur n'est pas suspect de complaisance vis-à-vis de l'enseignement privé ; il en est souvent de même du maire ; par opinion politique ou par situation, ces deux fonctionnaires sont au contraire souvent portés à la sévérité ; à condition que la juste mesure ne soit pas dépassée, cela n'est point mauvais, parce qu'ils ne laisseront ouvrir aucune école qui ne satisfasse pleinement aux règles élémentaires de l'hygiène et des bonnes mœurs. On n'a pas à craindre non plus la partialité des maires favorables à l'enseignement privé, parce

que l'inspecteur est là pour suppléer à leur inaction. De plus, la situation respective du maire et de l'inspecteur leur donne toute facilité d'exercer en connaissance de cause leur droit d'opposition. Le maire, chargé des intérêts matériels et moraux de la commune, a l'avantage d'être sur place ; il peut se rendre compte par lui-même de l'état de la future école, et il est accessible aux habitants qui auraient des révélations intéressantes à faire. L'inspecteur, dont la compétence technique en matière d'enseignement est indéniable, est tout à fait qualifié de par sa profession même pour veiller à l'observation des principes d'hygiène et de moralité.

Si les droits de la puissance publique ne risquent pas de rester lettre morte, ne peut-on craindre que la sévérité des opposants ne dégénère en partialité dangereuse pour la liberté ? Ce n'est certes pas une éventualité chimérique, et il arrive assez fréquemment que les opposants, par des oppositions mal fondées, obligent les instituteurs privés à surseoir à l'ouverture de leur école. Cependant, ce défaut très réel du système actuel d'opposition n'est, à notre avis, imputable que partiellement aux opposants ; sans doute, il est toujours difficile de garder la juste mesure et de tenir balance égale entre des droits opposés ; trop souvent même, les opposants se rendent sciemment coupables de détournement de pouvoirs en usant de l'opposition, car ils en font une arme de parti comme ce maire de Lille, qui s'était juré de ne laisser passer aucune déclaration d'ouverture d'école sans former opposition et qui a tenu parole (1). Une grande part de responsabilité incombe donc aux opposants dans le mésusage de l'opposition. Mais il faut bien avouer que leurs manœuvres tracassières se sont trouvées favorisées par la surexcitation des esprits et l'acuité des luttes politiques de la période contemporaine : si les hommes politiques et le pouvoir central n'avaient pas soulevé de violentes passions antireligieuses, si le gouvernement usait de son influence sur les fonctionnaires locaux dans le sens de la modération, nous considérons comme certain qu'une bonne partie des abus ne se produirait pas. Le choix des opposants, par la loi de 1886, n'est donc pas trop à incriminer.

(1) Voir *infra*.

La limitation du nombre des opposants s'interprète *stricto sensu ;* par conséquent, aucune opposition ne peut être faite par personne en dehors du maire et de l'inspecteur. On tire de ce principe une déduction très remarquable au point de vue de la compétence des tribunaux chargés de juger l'opposition ; ceux-ci, à peine d'empiéter sur le pouvoir des opposants et de rendre des décisions nulles pour le fond, doivent accepter l'opposition telle qu'elle est, et examiner si ses motifs sont valables ; ils ne peuvent faire entrer en ligne de compte d'autres faits que ceux qui sont invoqués par les opposants, car, s'ils le faisaient, ils ne se borneraient plus seulement à juger l'opposition, mais à former une nouvelle opposition sur de nouveaux motifs. Il y a donc une séparation absolue entre les fonctions de juge de l'opposition et ceux d'opposant.

2° *Limitation du temps donné pour faire opposition.* — Le caractère préventif de l'opposition exige impérieusement que le droit d'opposition soit circonscrit dans un délai fixe aussi court que possible. S'il n'y avait pas de délai, l'instituteur privé serait obligé de surseoir indéfiniment à l'ouverture de son école, il serait à la merci du bon plaisir des opposants. Ce délai ne doit pas être trop long, de façon à ne pas retarder exagérément l'ouverture de l'école, et il doit l'être assez pour que les opposants aient le temps nécessaire pour agir. Là encore, le problème est de concilier des droits opposés.

La loi fixe ce délai à huit jours pour le maire et à un mois pour l'inspecteur. Cette différence tient à ce que le maire, étant sur les lieux, peut se rendre compte des choses plus vite que l'inspecteur, et aussi à ce que le droit d'opposition de ce dernier est plus étendu que celui du maire (1) ; l'inspecteur doit non seulement envisager l'état de l'immeuble, mais aussi la moralité de l'instituteur ; or, l'enquête à laquelle il se livrera à ce sujet est plus longue et plus délicate que celle qui porte sur la convenance d'un local.

Tels qu'ils sont établis par la loi, ces délais remplissent-ils les conditions indiquées ? Ils sont suffisants pour ne pas rendre vain

(1) Voir le détail *infra*.

le droit d'opposition et ne pas occasionner son exercice irréfléchi. Nous nous réservons de revenir plus tard sur la question de savoir si, dans l'intérêt de la liberté, le délai d'un mois accordé à l'inspecteur ne pourrait pas être raccourci : l'étude approfondie de la procédure d'opposition nous révélera en effet, que son principal défaut réside dans sa longueur, d'où il suit qu'il y aurait avantage à réduire le plus possible des délais qui, s'ajoutant les uns aux autres, finissent par atténuer l'efficacité des garanties très réelles dont jouissent les instituteurs privés.

En vertu de la même idée que des délais de rigueur sont nécessaires pour sauvegarder la liberté, le législateur a imposé au Conseil départemental de statuer sur l'opposition dans le délai d'un mois. Tous ces délais, très stricts, sont sanctionnés par des nullités de fond.

3° *Limitation des causes d'opposition et conditions de validité de l'opposition.* — La liberté ne sera bien protégée que si, dans les délais légaux, les opposants ne peuvent faire opposition que pour des causes et dans des conditions déterminées. Pas de bonnes mesures administratives, si celles-ci ne se produisent suivant des formalités réglées à l'avance, mettant ceux qui en sont l'objet à l'abri des surprises ; aussi les conditions de la régularité d'une opposition sont-elles rigoureusement établies. Le péril serait encore plus grand pour l'enseignement privé, si les causes d'opposition n'étaient pas énumérées limitativement par la loi, car la fantaisie des tyranneaux de village et de la bureaucratie aurait le champ libre pour entraver l'expansion des écoles privées ; les oppositions ne sont valables que si elles sont fondées sur des motifs tenant à l'hygiène et à la moralité (1), le maire pouvant s'opposer à l'ouverture de l'école dans l'intérêt de l'hygiène et des bonnes mœurs, eu égard aux bâtiments scolaires, et l'inspecteur d'académie dans le même intérêt, eu égard non seulement aux bâtiments mais à la personne du déclarant.

4° *Institution de recours contentieux.* — La liberté serait encore menacée si la décision d'opposition était définitive. Qu'elle

(1) Dans un cas, l'opposition peut avoir lieu dans l'intérêt de l'ordre public : voir *infra*.

s'impose provisoirement, sous peine de poursuite correctionnelle, aux instituteurs privés, rien de mieux, nous en avons donné la raison : en matière scolaire, il vaut mieux prévenir que guérir. Mais de là à conclure que l'opposition doit être définitive, il y a un abîme. D'une part, en effet, les opposants ont pu se tromper de bonne foi ; laissera-t-on les instituteurs sans ressources en face de ces erreurs ? D'autre part, ils ont pu par malignité prétexter l'intérêt de l'hygiène et de la moralité pour s'opposer indûment à l'ouverture d'une école. Toutes les précautions précédentes prises par la loi ne protègent pas les instituteurs privés contre ces erreurs volontaires ou non ; aussi la loi leur fournit-elle le moyen de discuter le bien fondé de la mesure qui les frappe par l'institution de recours contentieux.

Bien plus l'opposition n'est pas une décision complète, définitive par cela seul qu'elle n'a pas été attaquée ; elle n'est qu'une mesure provisoire, qui tombe par le seul fait qu'elle n'a pas été confirmée dans le mois par le Conseil départemental de l'instruction primaire. Ce jugement de l'opposition par le Conseil départemental n'est donc pas facultatif, il est nécessaire pour la validité définitive de l'opposition. C'est à la puissance publique, qui a intérêt à son maintien, qu'il appartient par l'intermédiaire du préfet de provoquer ce jugement : l'instituteur n'a pas à bouger, l'expiration du délai sans confirmation suffit à le protéger contre les oppositions mal fondées. Mais lorsque l'opposition viendra devant le Conseil départemental, l'instituteur pourra se défendre et prouver par tous les moyens que son école remplit les conditions requises.

Le jugement de l'opposition par le Conseil départemental n'est pas la seule garantie accordée à l'enseignement privé ; il est de règle dans notre droit que toute décision judiciaire est sujette à appel : si l'instituteur n'est pas satisfait du jugement du Conseil départemental, il peut encore interjeter appel devant le Conseil supérieur de l'instruction publique. Il a même, en outre, la faculté de se pourvoir en cassation devant le Conseil d'Etat contre l'arrêt du Conseil supérieur pour vice de forme ou incompétence.

De la sorte, au moins théoriquement, le droit des particuliers ne court pas le danger d'être impunément violé. Il nous resterait

à examiner, comme nous l'avons fait pour les points précédents, si les recours donnés aux particuliers sauvegardent également leur droit et celui de l'Etat. Celui de l'Etat n'est pas battu en brèche par les juridictions universitaires à qui on serait plutôt tenté de reprocher un excès de sévérité. Nous croyons préférable de revenir là-dessus en faisant les distinctions utiles, lorsque nous aurons vu à l'œuvre ces divers tribunaux exceptionnels et c'est dans notre conclusion que nous nous demanderons si le Tribunal civil ne serait pas mieux qualifié pour statuer sur la validité des oppositions.

Le choix par le législateur de tribunaux administratifs pour juger les oppositions, entraîne la conséquence suivante : la procédure engagée devant le Conseil départemental et le Conseil supérieur est une procédure administrative, présentant les caractères habituels des procédures administratives : *a*) l'instruction est dirigée par le juge : devant le Conseil départemental l'affaire est instruite par un rapporteur nommé par le préfet, devant le Conseil supérieur par la commission des affaires contentieuses. L'instance n'est pas non plus introduite par un exploit adressé au défendeur : elle l'est administrativement, de même que c'est administrativement que les parties sont convoquées devant le Tribunal. Cet effacement des parties ne les empêche pas de jouer un rôle : elles peuvent se faire assister, présenter leur défense, prendre communication du dossier. Mais on est loin de la procédure civile où les parties se communiquent entre elles leurs conclusions et règlent la marche du procès. *b*) La procédure est écrite. L'instruction aboutit toujours à la confection d'un rapport écrit, exigé à peine de nullité, et c'est sur ce rapport qu'est basée la décision du juge. Sans doute les parties peuvent présenter des observations orales complémentaires ou explicatives, mais c'est à titre accessoire, le rapport contient les éléments principaux de la décision du juge. *c*) Enfin la procédure est en partie secrète : jamais les séances du Conseil départemental et du Conseil supérieur statuant sur une opposition ne sont publiques. De plus, si les oppositions sont jugées contradictoirement, les Conseils délibèrent et statuent hors la présence des parties.

Nous avons jusqu'ici exposé les intentions du législateur plutôt que nous n'avons fait la critique serrée du droit d'opposition tel qu'il est mis en œuvre ; ce n'est qu'après l'avoir étudié en détail que nous serons à même de juger si le législateur n'a pas fait faillite, si la réalité correspond à ses intentions, en un mot si les droits de l'Etat et ceux des individus s'harmonisent bien sans être sacrifiés les uns aux autres.

*
* *

Notre travail comporte deux parties : 1° une partie historique dans laquelle nous exposons la genèse du droit d'opposition ; 2° une étude de la procédure d'opposition grâce à laquelle, en tenant compte de l'évolution historique, nous aurons en mains les éléments nécessaires pour conclure à l'excellence du droit d'opposition par rapport aux autres procédés d'intervention de l'Etat, mais aussi à la nécessité de plusieurs réformes que nous préciserons.

PREMIÈRE PARTIE

Historique.

Si nous nous contentions de faire l'histoire du droit d'opposition proprement dit, nous ne devrions pas remonter au delà de la loi du 15 mars 1850 qui le créa. Nous estimons cependant que notre exposé serait incomplet si nous ne reprenions pas les choses de plus haut. Car, d'une part, le droit d'opposition n'est qu'un des aspects variés qu'a revêtu le contrôle de l'Etat sur la fondation des écoles privées ; ce n'est donc pas nous éloigner de notre sujet que de rechercher comment se manifesta en cette matière l'intervention de l'Etat avant l'existence du droit d'opposition. D'autre part l'opposition ne s'explique bien historiquement que par ses antécédents : le droit de l'Etat de veiller à la bonne tenue des écoles privées n'a jamais été sérieusement contesté, seulement cette surveillance s'est tout d'abord exercée suivant des modes que leurs inconvénients ont fait rejeter; c'est ainsi qu'après plusieurs expériences, on en est venu à imaginer le procédé particulier de l'opposition ; on a donc avantage à replacer cette dernière dans un tableau historique suffisamment large, englobant les systèmes de l'autorisation préalable et du certificat de moralité. Enfin cette esquisse historique du droit de contrôle de l'Etat sur la création des écoles primaires privées permettra de juger sans parti pris le système actuel par rapport à ceux qui l'ont précédé.

Les vicissitudes du droit d'ouvrir école sont en relations étroites avec l'évolution politique de la France. D'un côté, l'Etat cherche dans un but de domination à empiéter sur la liberté, surtout lorsqu'il est de forme autocratique ; de l'autre, l'opinion

réagit. De la composition de ces deux forces dépend la plus ou moins grande étendue du droit d'ouvrir école. A cet égard, notre historique se décompose en plusieurs périodes, correspondant approximativement aux divers régimes qui se sont succédé en France : 1° la Révolution, époque d'hésitations et de troubles qui voit cependant la consécration du principe de la liberté d'enseignement ; 2° l'Université (1806-1833) : pendant cette période la liberté d'enseignement est à peu près nulle, une autorisation préalable étant exigée de tout instituteur qui désirait fonder une école ; 3° période de la loi du 28 juin 1833 : une première brèche est faite au monopole universitaire, en faveur des écoles primaires de garçons dont les instituteurs doivent seulement être porteurs d'un certificat de bonnes mœurs ; 4° la loi du 15 mars 1850 : les mécomptes donnés par l'autorisation préalable et le certificat de moralité inspirent un nouveau mode d'intervention de l'Etat : le droit d'opposition ; 5° la loi du 30 octobre 1886 : le droit d'opposition ayant été satisfaisant, cette loi le maintient dans les grandes lignes, malgré quelques modifications secondaires.

CHAPITRE PREMIER

La période révolutionnaire.

La Révolution n'a posé aucune règle d'ensemble relativement à l'enseignement privé (1) ; les dispositions législatives qui s'y rapportent sont fragmentaires et aucune n'a eu une longue durée d'application. Le seul principe qu'elle ait élaboré, est celui de la liberté d'enseignement sous la surveillance de l'Etat, mais elle n'en a pas fait une réglementation minutieuse ; son effort a surtout porté sur l'instruction publique qu'elle n'a pas réussi non plus à mettre au point.

Le résultat principal de l'activité des premières assemblées révolutionnaires ayant été la ruine de l'enseignement, il n'est pas inutile d'esquisser à grands traits le régime de l'enseignement primaire à la veille de 1789, car il explique à quel point les destructions opérées par la Révolution furent radicales. En effet, sous l'ancien régime, l'enseignement primaire ne présentait à aucun degré le caractère de service public (2), si bien que, les écoles privées ayant disparu, la France se trouva presque dépourvue d'écoles primaires.

Ainsi donc, avant 1789, il n'y avait pas d'écoles fondées et entretenues par l'Etat, certaines seulement recevaient de lui des subsides, et, si diverses ordonnances (13 décembre 1698 et 14 mai 1724) prescrivaient aux communautés de se pourvoir d'un maître et d'une maîtresse d'école, l'Etat ne se préoccupait pas du fonctionnement de l'école. En ce domaine, tout reposait sur les communautés d'habitants et sur les initiatives privées, soit collectives (fabriques, congrégations), soit individuelles. La

(1) Une fois pour toutes, qu'il soit bien entendu que nous ne traitons ici que de l'enseignement primaire privé.

(2) Voir *Bulletin de la Société générale d'éducation*, janvier et février 1920, article de L. Grimaud : « La liberté de l'enseignement aux deux derniers siècles de l'ancien régime », p. 70 et suiv.

création d'écoles populaires était libre au regard de l'Etat ; aucun grade n'était exigé des instituteurs qui se recrutaient par voie d'annonces dans les périodiques ou par les autres modes de publicité alors employés. Il n'en était pas de même de l'indépendance de l'école vis-à-vis de l'Eglise : tout maître devait obtenir l'approbation de l'autorité ecclésiastique et c'était une obligation absolue sanctionnée par le pouvoir civil (1) : cela venait de ce que la foi catholique était considérée comme la base de tout l'enseignement. A part cette restriction, qui était de nature à ne gêner que les minorités protestantes, l'enseignement primaire était soumis au régime de la libre concurrence. Cet état de choses, favorable dans une certaine mesure à la diffusion et au progrès de l'enseignement là où la concurrence existait, était défectueux en ce sens que nul plan d'ensemble ne présidait aux méthodes et aux programmes, que le corps enseignant n'avait pas toujours les capacités nécessaires, et que, là où une école, faute de concurrence, jouissait d'un monopole de fait, aucun stimulant ne venait secouer sa routine. Les autorités ecclésiastiques surveillaient, il est vrai, les écoles au point de vue religieux et moral, et les autorités municipales au point de vue des progrès des élèves et de la bonne tenue de l'école, mais, aucun texte général ne réglant cette surveillance, on peut douter de son efficacité pédagogique.

Si ce régime imparfait ne gênait pas la plus grande partie de la nation alors catholique, il n'en était pas de même pour les protestants qui réclamaient l'autorisation d'avoir leurs écoles à eux. Ce droit leur fut accordé par les édits de Beaulieu (1576) et de Nantes (1598), mais il leur fut dans la suite peu à peu retiré, de sorte que les protestants en étaient réduits à user d'expédients, entretenant des écoles clandestines pour échapper à l'emprise des écoles catholiques. Il était donc naturel que ce fussent eux qui demandassent la liberté d'enseignement.

§ 1er. — *L'Assemblée constituante et la Législative.*

C'est sur cet édifice, défectueux certes, mais répondant aux besoins les plus pressants de la population, que les premières

(1) Par exemple. Ordonnance de 1606, art. 14, citée dans Grimaud.

assemblées révolutionnaires vont porter une main téméraire, sans lui rien substituer de viable. Cependant on ne saurait dire qu'à cette époque le pays et les assemblées politiques aient été absolument hostiles à la liberté d'enseignement.

L'opinion nationale était exactement reflétée par les cahiers de doléances, or ceux-ci étaient presque muets sur la liberté d'enseignement, parce que la plupart des Français d'alors désiraient une éducation à base religieuse ; il n'y a guère que les cahiers des régions protestantes qui élevaient la voix en faveur de la liberté (1). La raison de cette indifférence était simple : là où existe l'unanimité de croyances politiques et religieuses, le besoin de la liberté d'enseignement ne se fait pas sentir. Tout ce que réclamaient et avec insistance les cahiers, c'était une organisation meilleure de l'enseignement. Peut-être ce vœu fut-il une des causes du peu de soin qu'ont donné les premières assemblées révolutionnaires à l'enseignement privé : leur attention se portait sur l'enseignement national.

On peut néanmoins croire à plusieurs indices que le législateur se serait prononcé en faveur de la liberté. Mirabeau, dans son projet de loi sur l'enseignement (2), optait pour la liberté absolue (titre I[er], art. 25) et ne prévoyait aucune restriction à l'ouverture des écoles privées. Quoique moins catégorique, Talleyrand (3) concluait à la liberté lui aussi : d'après son projet, tout particulier pouvait ouvrir une école, à condition d'en instruire la municipalité, d'en publier le règlement et de se soumettre aux lois sur l'enseignement. Dans le projet Condorcet (4), fruit des travaux du Comité d'instruction publique de la Législative, on ne relève aucune mention de l'enseignement privé ; mais le rapport précédant le projet nous éclaire suffisamment sur les intentions de leurs auteurs, en se prononçant pour la liberté d'enseignement au nom de la liberté de pensée et des droits du père de famille sur ses enfants.

Bien qu'aucun de ces projets n'ait été voté, ils nous indiquent nettement l'esprit du législateur. Comment se fait-il donc que son

(1) Cahier du tiers de la Rochelle, Archives parlementaires, t. III, p. 483

(2) Gréard, *Législation de l'instruction primaire en France depuis 1789 à nos jours*, 1901, t. I, p. 8.

(3) *Op. cit.*, t. I, p. 14, projet du 19 septembre 1790.

(4) *Op. cit.*, t. I, p. 14.

libéralisme mitigé ait abouti aux destructions que nous allons enregistrer ? Celles-ci sont en majeure partie le contre-coup de mesures hâtives inspirées par une vive hostilité à l'égard du clergé et des congrégations ; or, ceux-ci détenant la plupart des écoles et l'éducation publique n'étant pas encore organisée, il en est résulté une crise profonde de l'enseignement.

La Constituante, assez absorbée par d'autres travaux, n'a pas voulu élaborer à la hâte le statut de l'enseignement, elle a préféré réserver cette tâche à l'assemblée suivante (1) ; l'assemblée législative elle-même, dont un comité spécial était chargé d'étudier les questions d'enseignement, s'est refusée à voter des mesures qui n'auraient pu être que provisoires tant qu'un projet complet n'aurait pas été déposé (2) ; elle prit fin avant d'avoir rien créé. Les dispositions prises par ces assemblées l'ont été au jour le jour, sans vue d'ensemble ; la plupart du reste n'atteignaient l'enseignement que par contre-coup.

Parmi celles-ci, il convient de citer la suppression des dîmes, des octrois, la nationalisation des biens du clergé, sous la Constituante, qui tarirent le plus clair des revenus affectés aux écoles ; la suppression des congrégations sous la Législative (décret du 18 août 1792) leur enleva leur personnel. Préoccupée cependant de maintenir le *statu quo* en attendant le fonctionnement des écoles nationales, la Constituante suspendit provisoirement l'exécution de ces mesures, lorsqu'elles menaçaient la bonne marche d'une école (3). Mais ces mesures transitoires furent mal appliquées, ou elles ne parvinrent pas à calmer l'émoi et le trouble causés par les mesures principales dont elles étaient les correctifs, car l'enseignement primaire tomba en décadence (4).

(1) Guillaume, *Procès-verbaux du Comité d'instruction publique de l'assemblée législative*, 1889, Introduction, p. IV et suiv. « Notice des principaux décrets rendus par l'assemblée nationale constituante » de Camus.

(2) Guillaume, *op. cit.*, p. 102, séance du Comité du 24 février 1792.

(3) Perception provisoire des dîmes, abrogée par décret 2-17 mars 1791 ; subvention aux écoles (arrêté 4 août 1789, art. 5) ; sursis à la vente des biens du clergé (décrets 23 oct. 1790, tit. Ier, art. 1er, et 3 déc. 1790) ; maintien provisoire des congréganistes instituteurs (décret 2 mai 1792, art. 6 ; Guillaume, *op. cit.*, p. 274) ; sursis à la vente des biens congréganistes (*id.* décret, titre II, art. 2).

(4) Rapport sur établissement d'écoles primaires, Guillaume, *op. cit.*, séance du 24 février 1792, p. 102 ; réclamation du Conseil général de Rennes et pétition des Halles, Guillaume, *op. cit.*, séance du 30 août 1792, p. 375.

Quant aux mesures visant directement l'enseignement privé, elles ne furent pas moins néfastes. Le décret du 22 décembre 1789, complété par des lettres patentes de janvier 1790 (1), confiait la surveillance des établissements d'instruction aux administrations départementales, mesure prématurée en ce qu'elle enlevait trop brusquement aux autorités ecclésiastiques leur droit de contrôle. Le décret des 15-17 avril 1791, imposant le serment civique à tout membre de l'enseignement même privé, se heurta à la résistance des instituteurs laïques ou ecclésiastiques attachés à la discipline catholique ; et ceux qui prêtèrent serment n'eurent pas d'élèves, parce que les parents cessaient de les envoyer ; de toute façon, l'instruction y perdit.

En résumé, la Constituante et la Législative n'ont accompli aucune œuvre solide ; emportées par la passion de tout reconstruire sur des bases nouvelles, elles n'ont réussi qu'à faire table rase du passé sans rien lui substituer de viable, au grand détriment de la liberté d'enseignement et de l'instruction proprement dite.

§ 2. — *La Convention et le Directoire.*

Jusqu'ici, nous n'avons rencontré comme dispositions sur l'ouverture des écoles privées que l'obligation du serment civique, dictée par le souci de consolider les conquêtes révolutionnaires. Pour le reste, liberté complète. La Convention se préoccupa davantage de l'enseignement privé, mais la diversité des opinions à cet égard l'a empêchée longtemps d'aboutir. C'est qu'en effet les tendances contradictoires qui se trouvent déjà en germes dans les assemblées précédentes se sont développées, et elles vont se heurter au sein de la Convention : les uns veulent, en vertu des principes révolutionnaires et du droit naturel, laisser les particuliers libres de fonder des écoles ; les autres, estimant que les écoles privées mettent en danger l'ordre nouveau, prétendent rendre les écoles nationales obligatoires ou du moins soumettre l'enseignement privé à une discipline rigoureuse.

(1) Gréard, *op. cit.*, t. I, p. 2 ; ce texte survivra à la tourmente révolutionnaire en ce qui concerne les écoles de filles ; nous verrons plus loin les conséquences de ce fait (Cass., 22 novembre 1832, S. 1832, I, 814).

La tendance au monopole n'avait pas uniquement son point de départ dans le souci de maintenir les « conquêtes révolutionnaires » ; elle avait ses racines profondes jusque dans les exemples fournis par l'antiquité (1), et sans voir, à l'instar de Taine, dans l'esprit révolutionnaire, une dégradation, une forme évoluée de l'esprit classique, il est permis de constater que les souvenirs classiques jouèrent, pour ce qui nous occupe, un rôle important. A lire les plaidoyers en faveur du monopole, il ne s'agissait ni plus ni moins que de revenir aux méthodes spartiates édulcorées en ce qu'elles avaient de trop choquant pour les mœurs françaises ; Lycurgue, Platon et Xénophon étaient les véritables Pères de l'Eglise de la secte du monopole. La reviviscence de cette vieille théorie de l'enfant propriété d'Etat trouvait un terrain favorable non seulement chez les amoureux de l'antique et chez les révolutionnaires hantés par la crainte de la réaction, elle bénéficiait également d'un état d'esprit dû à toute une lignée d'ouvrages communistes, dont le premier en date est celui de Vairasse d'Alais, l'*Histoire des Sévarambes* (1677), et dont les plus célèbres sont ceux de Rousseau. Les partisans du monopole avaient donc de bons atouts en mains.

Aussi la lutte fut-elle chaude entre eux et leurs adversaires. Cet antagonisme de points de vue donna naissance à de multiples projets qui se succédèrent sans être votés, il sera cause de l'instabilité des décrets conventionnels. Quelques conventionnels réclamaient une éducation primaire nationale commune à tous les enfants (2), afin de les soustraire à l'emprise religieuse et aristocratique et d'en faire de fermes adeptes de l'idée révolutionnaire. Par contre, divers projets, notamment celui de Sieyès, se basant sur le droit des familles, permettaient aux citoyens d'ouvrir librement des écoles et de les diriger comme bon leur semblait. D'autres, comme celui de Fourcroy, se ralliaient aussi à cette solution, dans la crainte que le monopole de l'instruction n'ait pour résultat d'amener la formation d'une corporation privi-

(1) Voir *Bull. de la Soc. gén. d'éduc.*, décembre 1919, p. 529, et janvier 1920, p. 38, articles sur « l'Ecole unique » (J. Guiraud).

(2) Voir Grimaud, *Histoire de la liberté d'enseignement*, 1898, p. 31 et suiv. : Projets Serre, Bancal, Rabaut, Michel Lepelletier.

légiée comme l'ancienne Université. La tendance libérale semblait l'emporter sensiblement sur l'autre, mais non sans que les arguments développés par les partisans de l'éducation nationale fissent impression sur l'esprit des libéraux. Il sortit (1) de la compénétration de ces idées opposées une sorte de compromis : le décret du 29 frimaire an II (19 décembre 1793), où s'amalgamaient fort mal les dispositions libérales et les mesures draconiennes.

D'après ce décret, l'enseignement était libre, mais : 1° il devait être public (art. 2) ; 2° celui qui désirait ouvrir une école devait déclarer son intention à la municipalité (art. 3) et désigner quelles sciences il se proposait d'enseigner ; 3° il devait produire un certificat de civisme et bonnes mœurs émané des municipalités. Enfin, les méthodes n'étaient pas libres, car l'enseignement privé devait se conformer à celui des livres adoptés pour l'enseignement public.

Cette réglementation, qui avait pour but de sauvegarder à la fois la liberté et l'esprit révolutionnaire, appelle plusieurs critiques. D'une part, la puissance publique ne remplissait pas son rôle, puisqu'aucune garantie de capacité n'était exigée des instituteurs privés, et que la loi ne se souciait pas de la convenance du local scolaire. D'autre part, la liberté accordée était trompeuse ; en effet : *a*) le certificat de civisme n'était en fait délivré qu'aux instituteurs « sans culotte » ; *b*) la liberté des méthodes était nulle et l'instituteur, sous peine de poursuites, ne devait pas enseigner de maximes contraires aux lois et à la morale républicaine ; *c*) la liberté de l'enseignement domestique était fortement atteinte par un amendement dû au montagnard Charlier, qui obligeait les parents à envoyer leurs enfants au moins trois ans dans les écoles, sous prétexte que les enfants, appartenant à l'Etat avant d'appartenir à sa famille, devaient « sucer le lait républicain » dans les écoles surveillées par l'Etat.

Malgré tout, la cause de la liberté gagnait du terrain, la preuve en est la nécessité où s'était vu le législateur de brumaire an II

(1) Citons encore un texte d'importance secondaire, le décret du 7 brumaire an II ; l'article 2 d'une addition à ce décret interdisait aux instituteurs publics de diriger une école privée. C'était reconnaître implicitement la liberté de l'enseignement privé.

de la consacrer pour la forme. Les événements de thermidor an II accentuèrent les dispositions libérales de la Convention. Le projet Sieyès remanié revint sur l'eau et il fut voté le 27 brumaire an III (1). Son article 15 stipulait : « La loi ne peut porter aucune atteinte au droit qu'ont tous les citoyens d'ouvrir des écoles particulières sous la surveillance des autorités. » C'était quelque peu vague ; cependant, c'était un incontestable progrès sur les exigences du décret du 29 frimaire an II.

Après l'effervescence causée par ces controverses violentes, la Convention consacra la liberté d'enseignement plus efficacement encore que par simple décret ; elle en fit une liberté constitutionnelle. L'article 300 de la Constitution du 5 fructidor s'exprimait ainsi : « Les citoyens ont le droit de former des établissements particuliers d'éducation et d'instruction. »

Ainsi la Convention se sépara, ayant établi le principe de la liberté d'enseignement sans, il est vrai, l'avoir défini avec précision. Légalement, ce régime de liberté dura, en ce qui concernait la faculté d'ouvrir école, jusqu'au Consulat. Nous pourrions donc passer sous silence la période du Directoire, s'il n'était intéressant de signaler le recul subi à cette époque par la liberté.

Le libéralisme de la Convention eut pour résultat un renouveau remarquable de l'enseignement privé, tandis que les écoles nationales étaient dépourvues d'élèves, ce qui tenait au mauvais recrutement des instituteurs publics et au caractère politique de l'enseignement donné dans ces écoles. Le Directoire vit dans ce contraste le symptôme de la désaffection de la nation vis-à-vis des institutions révolutionnaires, et l'on assista à la reviviscence des théories de certains conventionnels sur la nécessité d'imposer aux écoles l'adoption d'une doctrine d'Etat.

La difficulté consistait en ce que la liberté d'enseignement étant constitutionnelle ne pouvait être détruite, il fallait donc trouver le moyen de l'anéantir indirectement. Ce moyen fut fourni au Directoire par l'article 356 de la Constitution, qui mettait sous la surveillance particulière de la loi les professions intéressant les mœurs publiques. Considérant que la profession

(1) Gréard, *op. cit.*, t. I, p. 104.

d'instituteur était de celles-là, le Directoire, par un arrêté du 17 pluviôse an VI, imposait aux instituteurs privés l'emploi de certains livres et de certaines méthodes, et établissait une surveillance rigoureuse (1). Le droit d'ouvrir école n'en restait pas moins entier pour tous les citoyens, seulement l'enseignement n'était plus libre dans les écoles librement ouvertes.

§ 3. — *Le Consulat.*

Au moins en théorie, la liberté d'enseignement était sortie saine et sauve de la tourmente révolutionnaire. Le Consulat nous achemine à sa ruine, et c'est le cas de dire avec Victor Hugo :

Déjà Napoléon perçait sous Bonaparte.

Les mauvais résultats de la pédagogie révolutionnaire attirèrent l'attention du Consulat. Chaptal fit une enquête auprès des préfets sur la situation de l'instruction, enquête qui révéla la pénurie d'écoles dont souffrait le pays. Pour remédier à cet état de choses, Chaptal élabora un projet de loi (2) dans lequel (titre I^er^, art. 6) il se prononçait pour la liberté de l'enseignement, arguant des bienfaits de la libre concurrence entre instituteurs. Bien que son projet soit muet sur ce point, il ressort de son rapport que Chaptal n'avait en vue que la liberté contrôlée par la surveillance de l'Etat.

Le projet Chaptal ne fut jamais discuté, probablement parce qu'il déplut à Bonaparte, qui fit voter la loi du 11 floréal an X. Dans cette loi, on voyait déjà poindre le monopole : par exemple, l'enseignement secondaire était soumis au régime de l'autorisation préalable. Quant aux ouvertures d'écoles primaires privées, il n'en était pas fait mention, elles étaient donc libres. Cette tolérance de la loi à l'égard de l'enseignement primaire, ainsi que divers encouragements donnés à l'enseignement secondaire (art. 7), avaient une raison de fait, absolument étrangère à

(1) Cf. lois des 6 et 16 thermidor an VI, sur le respect du décadi et des fêtes républicaines, et l'arrêté du 27 brumaire an VI « pour faire prospérer l'instruction publique », exigeant des candidats fonctionnaires la présentation d'un certificat de fréquentation des écoles nationales.

(2) Voir *Moniteur universel* des 19 brumaire an IX et suiv., et Gréard, *op. cit.*, t. I, p. 169.

l'idée de liberté (1) ; le monopole eût été trop onéreux pour le Trésor, et le lamentable état de l'instruction exigeait le concours de tout le monde.

Au total, si le Consulat ne marquait pas un recul pour la liberté de l'enseignement primaire, cette dernière était menacée par le caractère autocratique du premier consul, et il était aisé de prévoir que l'autorisation préalable, exigée pour l'enseignement secondaire, le serait à bref délai pour l'enseignement primaire, aussitôt que les circonstances le permettraient (2). « Il est impossible de rester plus longtemps comme on est, disait Bonaparte, puisque chacun peut lever une boutique d'instruction comme on lève une boutique de drap. »

(1) Voir le rapport Fourcroy.

(2) Un arrêté du préfet de la Seine (25 pluviôse an XII, Gréard, *op. cit.*, t. I, p. 187), extrêmement rigoureux et, croyons-nous, illégal, instituait déjà, pour les écoles primaires du département de la Seine, un système d'autorisation préalable par le préfet qui faisait pressentir une mainmise générale de l'Etat sur l'enseignement.

CHAPITRE II

L'Université : l'autorisation préalable.

Les conventionnels voulaient que tout enfant « suce le lait républicain » dans les écoles nationales ou placées sous le contrôle étroit de la nation. Napoléon reprendra la même conception à son profit ; au sortir des troubles révolutionnaires rien ne lui semblait plus propre à fortifier l'ordre public, à calmer les esprits, à former des générations d'hommes soumis au pouvoir, que de monopoliser l'enseignement à tous ses degrés. « Dans l'établissement d'un corps enseignant, disait Napoléon, mon but principal est d'avoir un moyen de diriger les opinions politiques et morales » (1). Or, pour y parvenir, la création d'une instruction publique centralisée était nécessaire mais non suffisante ; si on tolérait à côté de cette manufacture nationale d'enseignement l'ouverture d'écoles privées, l'œuvre de pénétration de la masse par la doctrine d'Etat aurait été compromise ; c'était justement ce qui s'était passé après la loi du 27 brumaire an III : le public avait préféré les écoles particulières à celles de l'Etat. Napoléon, ne se souciant pas de renouveler une faute semblable, établit le monopole de l'enseignement au profit de l'université à laquelle fut incorporé l'enseignement privé dont le sort ne se distingua plus qu'à des points de vue secondaires des écoles officielles.

Comment expliquer que le peuple français, qui venait de s'enthousiasmer pour la liberté, ait accepté sans résistance l'instrument de règne forgé par Napoléon ? A notre avis, cela tenait au prestige de l'empereur et surtout au besoin d'ordre engendré par l'anarchie révolutionnaire et avivé, en ce qui nous occupe, par l'échec de tous les plans d'éducation essayés jusque-

(1) Cité dans Grimaud, *op. cit.*, p. 84.

là. Cette lassitude et cet appétit de tranquillité formaient un terrain favorable à la réussite des projets de Napoléon. Ce dernier le savait, il réorganisa l'enseignement en en faisant le vassal du pouvoir. Jules Simon disait : « Napoléon a fait deux choses : l'une admirable, des écoles ; l'autre excessive, le monopole » ; l'une fit passer l'autre.

La conception d'un corps exclusivement chargé de l'enseignement a été suggérée à Napoléon, par sa visite à l'Université de Turin, lors de la campagne d'Italie (1). Peut-être le souvenir des débats sur le monopole de l'enseignement devant la Convention, n'est-il pas non plus étranger aux idées de Napoléon. Quoi qu'il en soit, après avoir d'abord songé simplement à réorganiser les congrégations enseignantes en les mettant sous la dépendance absolue du gouvernement, il en fut dissuadé par la crainte que ces congrégations ne fussent pas assez souples et il imagina la création d'un corps autonome. Un premier projet de 1805 se heurta à l'hostilité de Portalis et du ministère de l'intérieur. Aussi, pour aller vite, Napoléon résolut de faire voter d'abord le principe seul du monopole, quitte à revenir plus tard sur les modalités d'application ; le corps législatif vota la loi du 10 mai 1806 qui créait le monopole universitaire et réservait expressément (art. 3) à une loi postérieure le soin de régler l'application du principe. Pressé, Napoléon passa outre et le 17 mars 1808 paraissait un décret portant organisation de l'Université. Ce décret étant dépourvu de sanctions et au surplus s'étant révélé incomplet (2), un second décret, en date du 15 novembre 1811, vint le compléter et le sanctionner (3).

Le monopole universitaire n'était pas absolu en ce sens qu'il n'avait pas pour effet de supprimer l'enseignement privé ; Napoléon en a maintenu l'existence non par un dernier scrupule de libéralisme, mais pour des raisons financières, toute école privée dégrevant d'autant le budget national. Seulement l'enseignement privé était soumis à des conditions telles que son indé-

(1) Voir A. Rendu, *Code universitaire*, édit. 1835, préface.

(2) Notamment eu égard à l'enseignement secondaire.

(3) Nous n'avons pas à étudier la question de la légalité fort douteuse de ces décrets ; il nous suffit de constater qu'en fait, à tort ou à raison, la jurisprudence les a toujours considérés comme ayant force de loi.

pendance était nulle et son existence à la merci du gouvernement : il était en quelque sorte, malgré quelques apparences contraires, incorporé à l'Université. En effet, nul ne pouvait tenir école sans y avoir été au préalable autorisé par le grand maître de l'Université. Les instituteurs publics et privés devaient se plier à une discipline rigide ; ils devaient prêter serment (art. 39, décret 1808), obéir au grand maître (art. 41), ils étaient passibles de peines disciplinaires en cas de manquement aux règlements et statuts de l'Université (art. 47), ils ne pouvaient quitter l'enseignement sans avoir accompli certaines formalités (art. 42), etc. De plus, pas plus que les doctrines enseignées, les méthodes d'enseignement n'étaient libres : tout était sous la surveillance rigoureuse de l'Université (art. 43) et la délation réciproque entre instituteurs était même imposée comme un devoir (art. 46) ; les règlements intérieurs étaient fournis par l'Université, les prospectus et programmes devaient être visés. La seule différence entre les maîtres privés et les maîtres publics consistait en ce que les premiers n'étaient pas nommés ni rétribués par l'Etat (1).

Comme on le voit, l'autorisation préalable n'était qu'un des anneaux d'une chaîne habilement forgée, de façon à enlever toute spontanéité et toute liberté à l'enseignement privé. Tout individu qui voulait ouvrir une école primaire ou une pension, devait solliciter l'autorisation du grand maître de l'Université ; il fallait pour cela être membre de l'Université et gradué par elle (décret 1808, art. 2, 3 et 54). Sans autorisation, l'ouverture de l'école était illicite et constituait un délit sévèrement réprimé par le décret de 1811, que le délinquant soit ou non de bonne foi (2) ; ce délit rentrait donc dans la catégorie des délits-contraventions qui ont ceci de particulier qu'ils existent même sans élément intentionnel ; le délit d'ouverture illicite d'école conserve encore aujourd'hui ce caractère. Le délinquant était jugé en correctionnelle et passible d'une amende allant de 100 à

(1) Chaque école privée devait en outre verser à l'Université le 1/20e de la rétribution payée par ses élèves : c'était la « taxe universitaire ».

(2) Cass., 4 juin 1829, Mallot dans Sirey, table générale 1791-1850, au mot « Instruction publique », n° 34.

3,000 francs, « sans préjudice, ajoute l'article 56, de plus grandes peines, s'il (le délinquant) était trouvé coupable d'avoir dirigé l'enseignement d'une manière contraire à l'ordre et à l'intérêt public ». En outre l'école devait être fermée.

Ce réseau de formalités et de sanctions était tout avantage pour l'Etat, puisqu'il lui permettait de ne laisser passer entre ses mailles que les instituteurs considérés comme *personæ gratæ*. Faisait-il aussi bien l'avantage de l'enseignement ? Certes des garanties de capacité et de moralité étaient exigées des maîtres. Mais le rôle de l'Etat ne se borne pas là et il était fâcheux que les décrets universitaires n'aient pas prévu le cas où une école s'ouvrirait dans un local malsain ou dangereux au point de vue moral : sans doute le blanc-seing donné au grand maître pour accorder ou refuser l'autorisation ne lui défendait pas de tenir compte de l'état des locaux scolaires, mais cela ne lui était pas prescrit.

L'autorisation préalable était encore plus défectueuse si l'on se place sur le terrain de la liberté d'enseignement. Au point de vue du droit public, nous avons déjà signalé que l'autorisation préalable se rattachait au système préventif ou de police ; nous savons aussi que ces procédés d'intervention étatique ne sont tolérables qu'à la condition d'être limités strictement dans leurs causes et leurs auteurs et d'être susceptibles de recours efficaces. Or l'autorisation préalable ne satisfaisait pas à la plupart de ces exigences : 1° tout d'abord elle était révocable, en ce sens que le grand maître, après avoir consulté le conseil d'Université, pouvait faire fermer les institutions et pensions « où il aura été reconnu des abus graves et des principes contraires à ceux que professe l'Université » (décret 1808, art. 105, et décret 1811, art. 57) et cette décision devait être exécutée dans les vingt-quatre heures par le procureur impérial (art. 58, 59, décret 1811) ; une mesure aussi grave était prise sans que l'instituteur pût se défendre et disposât de recours contentieux ; 2° en second lieu, cette autorisation pouvait être refusée par caprice, par fantaisie, pour obéir aux injonctions gouvernementales ; c'était le régime de l'arbitraire pur, puisque les causes valables de refus d'autorisation n'étaient pas fixées par loi ; 3° enfin les refus d'autorisation étaient défini-

tifs et sans recours ; l'existence de recours aurait atténué dans une certaine mesure les défauts du système ; sans eux, c'était l'étouffement irrémédiable de la liberté.

Pour terminer, nous observerons que les décrets universitaires ne visaient que les écoles de garçons ; par conséquent, les écoles de filles restaient soumises aux dispositions antérieures en vigueur, notamment au décret du 22 décembre 1789, mettant toutes les écoles sous la surveillance de l'autorité préfectorale. Il s'ensuivait que les peines correctionnelles appliquées aux délinquants par le décret de 1811 n'atteignaient pas les institutrices de filles ; lorsque celles-ci se trouvaient en contravention, elles n'étaient passibles que des peines de simple police prévues par le Code du 3 brumaire an IV (art. 605 et 606), en cas de non-observation des règlements administratifs (1). Ces anomalies, dont la cause résidait sans doute dans le peu d'intérêt accordé alors à l'enseignement des filles, ne doivent pas illusionner sur le degré de liberté de ces écoles. Bien que nous soyons sans données précises sur leur situation à cette époque, il n'est pas téméraire de supposer qu'au moyen des pouvoirs conférés aux préfets, Napoléon n'a pas dû être embarrassé pour les réduire au même rôle de servantes que les écoles de garçons.

*
* *

L'Université, qui avait été acceptée sans résistance, ne tarda pas à être le point de mire de violentes attaques. L'arbitraire du système, la caporalisation des intelligences, l'obligation à la retenue du vingtième, les mœurs dépravées des lycées, les désordres causés par le célibat imposé aux maîtres universitaires, fournirent aux royalistes des arguments destinés à impressionner l'opinion publique : l'abolition de l'Université devint un des articles du programme royaliste. Pourtant ces griefs, repris dans des brochures nombreuses et par la presse, ne parvinrent pas à ébranler l'Université : il fallut attendre l'année 1833 pour voir se produire quelques lézardes dans l'édifice construit par Napoléon.

(1) Cass., 20 juillet 1833, Debladis et James, S. 1833, I, 886.

A quoi tenait donc la longévité d'une institution aussi critiquable que l'Université? D'abord à ce que, malgré ses tares, l'Université avait eu son utilité ; grâce à elle, l'instruction avait refleuri et se trouvait dans un état infiniment meilleur que pendant la tourmente révolutionnaire; on pouvait donc la juger capable de jouer encore un rôle bienfaisant, en l'amendant. D'autre part, si l'Université avait ses ennemis acharnés, elle avait d'ardents défenseurs, qui se recrutaient en majeure partie dans son sein ; ses adversaires avaient affaire à forte partie, et l'on conçoit qu'ils n'en soient pas venus à bout du premier coup. Enfin le pouvoir royal, qui s'était au début montré favorable à la liberté d'enseignement, soit par sincérité, soit pour se concilier des sympathies, s'aperçut vite du profit qu'à l'instar de Napoléon il pourrait tirer du monopole universitaire. Ajoutons que toutes ces raisons, qui militaient en faveur du maintien de l'Université, n'auraient pas pesé d'un grand poids en face du concert d'anathèmes lancés contre elle, si celle-ci ne s'était renouvelée, si on ne lui avait infusé un esprit nouveau qui prolongea ses jours; nous voulons parler ici de l'influence acquise par l'Eglise au sein de l'Université sous la Restauration. L'Université, pénétrée par l'Eglise, souvent dirigée par un évêque, subsista grâce à l'appui de l'une des plus grandes forces sociales de ce temps.

Dans le but d'empêcher l'interruption des études, la première Restauration maintint provisoirement l'Université (ordonnance du 22 juin 1814) ; conformément à ses promesses, le roi reconnaissait cependant que « l'éducation nationale avait besoin de reprendre une tendance plus libérale » ; en conséquence, il rendit deux ordonnances, des 5 octobre 1814 et 15 février 1815, qui relâchaient un peu le lien universitaire ; la seconde décentralisait l'Université en créant dix-sept universités régionales, mais elle ne supprimait pas l'autorisation préalable. Ces quelques réformes laissaient espérer que, progressivement, on glisserait vers un régime plus libéral. Sur ces entrefaites, avant même que l'ordonnance de 1815 reçût un commencement d'exécution, un décret des Cent Jours (30 mars 1815) restaura l'Université telle qu'elle était auparavant. Cela donna le coup de grâce aux velléités de suppression du monopole.

Jusqu'à la loi du 28 juin 1833, ce dernier subsista dans toute sa rigueur ; notamment, la liberté des méthodes et des règlements était enlevée aux écoles particulières, dont l'enseignement devait être fondé sur la religion, le respect des lois et l'amour dû au souverain (art. 30, ordonn. du 29 février 1816) ; la surveillance des écoles était confiée à des comités composés partie de laïcs, partie d'ecclésiastiques, l'immixtion de ces derniers s'expliquant parce que l'éducation était à base religieuse.

Quant à l'autorisation préalable, ses modalités ont varié. Après le remplacement du grand maître par la Commission d'instruction publique (1), l'ordonnance du 29 février 1816 chargea les recteurs de délivrer les autorisations d'ouvrir école : ce trait se retrouvera dans le droit actuel d'opposition, qui appartient aux autorités locales et non à l'autorité centrale. Toutefois, le gouvernement avait à peu près la même facilité qu'auparavant d'intervenir, puisque c'était avec l'agrément du préfet que le recteur délivrait pour un lieu déterminé l'autorisation. Les instituteurs sollicitant cette autorisation devaient justifier d'un certificat de bonne conduite des maires et curés des communes où ils avaient habité depuis trois ans, et obtenir un brevet de capacité (art. 10 et 13) ; ils devaient en outre produire un second certificat de moralité pour la période postérieure à l'obtention du brevet (art. 24). Si la commune était suffisamment pourvue d'écoles — ce que le comité cantonal examinait — l'autorisation était refusée (art. 24) ; pour favoriser l'instruction populaire, cette considération n'entrait pas en ligne de compte lorsqu'il s'agissait d'établir une école gratuite. L'autorisation était encore refusée dans le cas suivant : l'instituteur qui s'était établi clandestinement dans une commune ne pouvait obtenir d'autorisation régulière ni pour cette commune, ni pour celles du canton (2). Ce régime était atténué dans une hypothèse, afin d'encourager la

(1) Créée en remplacement du grand maître par l'ordonnance du 15 août 1815, cette commission fut transformée en Conseil royal de l'instruction publique par l'ordonnance du 1er novembre 1820. Ce Conseil prit, après la Révolution de 1848, le nom de Conseil supérieur de l'instruction publique, puis, sous l'empire, celui de Conseil impérial de l'instruction publique, pour reprendre finalement, sous la troisième République, l'appellation de Conseil supérieur de l'instruction publique.

(2) Arrêté de la Commission d'instruction publique du 22 mai 1818, dans Gréard, *op. cit*, t. I, p. 266, et Rendu, *op. cit.*, p. 787.

générosité des fondateurs d'école ; l'autorisation ne pouvait être refusée à l'instituteur présenté par le fondateur d'une école, à condition qu'il ait son brevet de capacité et que le comité cantonal n'ait rien à objecter sur sa conduite (art. 18, ordonn. du 29 février 1816).

Malgré ce tempérament, malgré sa décentralisation, malgré sa réglementation plus minutieuse, l'autorisation préalable ainsi modifiée présentait encore les mêmes inconvénients : 1° l'autorisation était révocable sur le rapport motivé des surveillants d'écoles et après avis du comité cantonal, qui pouvait lui-même provoquer cette révocation ; en cas d'urgence, il pouvait suspendre l'instituteur en attendant la décision du recteur (ord. 1816, art. 25 à 28). Ce droit de révocation, qui appartenait au seul recteur (ordonn. du 1er août 1820, art. 17), quoique entouré de formalités, ne laissait pas à l'instituteur des facilités suffisantes pour se défendre, ni la possibilité d'un recours efficace ; 2° si deux causes de refus d'autorisation étaient prévues par la loi (1), cette liste n'était pas limitative et l'autorisation pouvait, comme précédemment, être arbitrairement refusée ; 3° aucun recours n'était organisé contre la décision du recteur.

Pour tenir une pension primaire, il fallait également une autorisation spéciale du recteur qui, aux termes d'un arrêté du 5 décembre 1820 (2), devait vérifier si ce pensionnat était justifié par les besoins locaux et si les bâtiments à lui affectés étaient convenables ; cette dernière disposition, qui s'imposait avec une urgence toute spéciale pour les internats, sera étendue par le législateur de 1833 et de 1850, sous une autre forme, à toutes les écoles primaires, quelles qu'elles soient.

Les écoles de filles, non visées (3) pour des raisons inconnues de nous par les ordonnances ci-dessus, peut-être parce que l'on parait au plus pressé, c'est-à-dire aux écoles de garçons, furent,

(1) Et encore le refus d'autorisation pour suffisance du nombre d'écoles est-il inconciliable avec la liberté.

(2) Rendu, *op. cit.*, p. 791.

(3) Sur les difficultés antérieures à 1820, voir Rendu, *op. cit.*, p. 800, note 2. D'après cet auteur, la rigueur du régime des écoles de filles avait eu pour résultat, à Paris, la création de 200 écoles illégales et clandestines, « sources d'abus et de désordres »

par une instruction ministérielle du 3 juin 1819 (1), soumises à la nécessité d'une autorisation préalable pour un lieu déterminé et que le préfet délivrait. Cette intrusion du préfet provenait de la survivance des textes révolutionnaires, donnant aux administrations préfectorales la haute main sur les écoles (2). Une ordonnance du 3 avril 1820 (3) fit cesser cette anomalie, en rendant applicable aux écoles de filles l'ordonnance du 29 février 1816, sauf en ce qui concernait leur surveillance laissée au préfet.

A partir de cette date jusqu'en 1833, les écoles de filles et celles de garçons sont soumises, avons-nous dit, à un régime commun. Mais cela n'est pas vrai absolument ; il subsistait une exception à cette règle, ces deux sortes d'écoles n'étaient pas sur le même pied au point de vue de la répression. Pour les écoles de garçons, les peines correctionnelles, applicables aux instituteurs délinquants en vertu du décret de 1811, sanctionnaient également l'ordonnance de février 1816, parce que les décrets napoléoniens, n'ayant pas été abrogés expressément mais tacitement, subsistaient en ce qu'ils n'avaient pas de contraire aux lois nouvelles ; or, l'ordonnance de 1816 n'ayant prévu aucune sanction, il était naturel que celles du décret de 1811 restassent en vigueur (4). Au contraire, les écoles de filles qui n'avaient jamais été soumises, nous l'avons vu, aux décrets napoléoniens, ne l'ont pas été non plus sous la Restauration ; il aurait fallu pour cela un texte spécial. Lorsqu'une institutrice n'observait pas les règles établies pour l'ouverture des écoles de filles, elle était simplement passible des peines de simple police prévues par le Code de brumaire an IV, et, depuis la réforme du Code pénal du 28 avril 1832 (art. 95), par l'article 471, § 15, du Code pénal pour les infractions aux règlements administratifs (5). Cette différence de traitement ne s'expliquait par aucune raison doctrinale.

(1) Dans Gréard, *op. cit.*, t. I, p. 270. Voir aussi Règlement du 19 octobre 1819 instituant un régime analogue à celui de l'ordonnance de 1816, mais avec substitution du préfet au recteur.

(2) Voir visas d'ordonnance 31 octobre 1821, dans Rendu, *op. cit.*, p. 264, note 1.

(3) Gréard, *op. cit*, t. I, p. 280.

(4) Cass 14 janvier 1821, Devaux, au Sirey, table générale 1791-1850, au mot « Instruction publique », n° 271.

(5) Cass. 24 novembre 1832, Sœurs Sainte-Ursule et Sainte-Augustine, S. 1832, I, 814.

*
* *

Sous l'influence de la pénétration croissante de l'Université par l'Eglise et dans le but de s'assurer que les écoles privées présentaient toutes les garanties religieuses désirables, le régime de l'enseignement privé fut de nouveau modifié par l'ordonnance du 8 avril 1824 (1). Le mécanisme de l'autorisation préalable fut transformé de façon à accroître les droits de la puissance religieuse.

Le régime des écoles protestantes restait le même que précédemment, mais la surveillance des écoles catholiques fut démembrée entre le recteur et l'autorité diocésaine. Le recteur continuait à accorder les brevets de capacité et les retirait « en connaissance de cause » (art. 10 et 11). L'autorisation était délivrée suivant le cas, soit par l'évêque, soit par un comité diocésain présidé par l'évêque ; elle pouvait être retirée en cas de faute grave (art. 8 et 11).

Ces innovations ne supprimaient en rien l'arbitraire de l'autorisation préalable. Les abus auxquels elles donnèrent lieu, amenèrent une prompte réforme du système. L'ordonnance du 21 avril 1828 (2) rendit au recteur le pouvoir d'autoriser les ouvertures d'école ; mais pour ne pas trop nuire aux droits de la puissance ecclésiastique, les candidats devaient posséder un certificat d'instruction religieuse et leur demande était examinée par un comité mixte, composé d'ecclésiastiques et de civils, avant d'être soumise au recteur (3). Ces prescriptions visaient les écoles catholiques de filles et de garçons.

Les réformes partielles apportées par la même ordonnance en matière de retrait de brevet et d'autorisation s'appliquaient à toutes les écoles primaires privées, catholiques et protestantes, de filles et de garçons (art. 22) ; il n'y avait pas, en effet, de raisons de faire bénéficier les unes et pas les autres des garanties créées.

(1) *Moniteur universel*, 13 avril 1824, p. 417. Cette ordonnance laissait subsister le système répressif du décret de 1811 (Cass. 1er juin 1827, Langlois *in* Gréard, t. I, p 336).

(2) Avec rapport Vatimesnil, *Moniteur universel*, 22 avril, p. 483.

(3) L'avis de ce Comité ne liait pas le recteur : Circul. 6 mai 1828, *in* Gréard, t. I, p. 347.

Le retrait du brevet, plus grave encore que le retrait d'autorisation puisqu'il enlevait sa situation à l'instituteur, ne pouvait être opéré à titre définitif que par le Conseil académique, à charge d'appel devant le Conseil royal de l'instruction publique ; toutefois la décision du recteur qui retirait le brevet ou l'autorisation, était exécutée provisoirement (art. 16, 17, 18). Il n'y avait qu'à généraliser l'emploi de ces recours pour se rapprocher du système actuel. Toutes les autres décisions visant l'instruction primaire par conséquent l'autorisation et son retrait, étaient susceptibles d'un recours devant le Ministre de l'instruction publique (art. 19) ; sans doute, ce recours n'était pas chose nouvelle, le recours hiérarchique ayant toujours été ouvert, mais le fait seul que la loi le mentionnait expressément constituait une sorte de publicité destinée à en conseiller la pratique.

Ces quelques progrès ne rendaient pas acceptables le régime d'autorisation préalable auquel on pouvait toujours reprocher le défaut de recours contentieux, et le caractère indéterminé des causes de refus d'autorisation qui prêtait à l'arbitraire. Mais ces réformes révélaient qu'en haut lieu, on se rendait compte des imperfections du système et qu'on n'était pas absolument hostile à toute modification : cela à lui seul constituait un gain pour la cause de la liberté.

CHAPITRE III

La loi du 28 juin 1833 : le certificat de moralité.

L'impopularité croissante de l'Université avait déterminé Louis-Philippe à promettre la liberté d'enseignement dans la Charte du 14 août 1830 (art. 69, § 8). Ce n'était là qu'une promesse laissant intact le régime antérieur (1). Avant que le monopole soit aboli, d'ardentes luttes devaient se produire auxquelles l'école libérale catholique prit une part éclatante.

Outre les objections d'ordre juridique adressées à l'autorisation préalable que nous avons indiquées, des reproches plus graves et plus généraux étaient faits au principe même de l'Université, au monopole. Lamennais et, avec lui, une fraction importante de l'opinion, notamment le parti catholique et libéral, réclamaient la liberté d'enseignement comme un droit naturel, comme le corollaire nécessaire de la liberté de pensée et de la liberté du père de famille d'élever ou de faire élever ses enfants dans les idées et suivant les méthodes de son choix. Ils invoquaient en outre un argument *ad hominem* en quelque sorte, la promesse de la Charte. Toutes ces idées, reprises par la presse, les pamphlets et les pétitions, soulevaient d'autant plus l'opinion qu'elles étaient accompagnées du tableau des abus de toutes sortes dont l'Université était le théâtre : scandales religieux, désordres moraux. Les libéraux de leur côté faisaient chorus avec les ennemis du monopole, en développant un argument qui leur était propre : les bienfaits de la

(1) Cour royale de Paris, 28 juin 1831, De Coux, Montalembert et Lacordaire, dans Gréard, *op. cit.*, t. I, p. 404. Les délinquants qui avaient ouvert une école sans autorisation, s'appuyaient, pour justifier leur conduite, nons eulement sur l'article 69, § 8 de la Charte, mais aussi sur l'article 70 spécifiant que toutes les lois et dispositions contraires se trouvaient « *dès à présent* abrogées ». Cette interprétation de l'article 70 était sûrement excessive, car elle aurait conduit à admettre la liberté *absolue* d'enseignement jusqu'au vote d'une loi complémentaire (voir *Bull. Soc. d'éduc.*, janvier-février 1917, « La lutte pour la liberté d'enseignement », par M. Mourret, p. 47).

libre concurrence entre écoles publiques et privées par l'émulation réciproque qu'elle engendre.

Lacordaire, de Coux et Montalembert, brusquant les choses, résolurent de prendre la liberté promise par la Charte ; ils ouvrirent au grand jour et sans autorisation une école libre. Poursuivi, après diverses péripéties judiciaires qui constituèrent une réclame efficace en faveur de la liberté, Montalembert fut condamné par la Chambre des pairs au minimum de peine. Défaite au prétoire, la liberté avait en fait obtenu gain de cause devant l'opinion.

Cependant un projet Barthe du 20 janvier 1831 était déposé ; d'après ce projet, prototype de la loi de 1833, tout particulier âgé de 18 ans et jouissant de ses droits civils pouvait enseigner, à la condition de présenter au maire un brevet de capacité et un certificat de bonne vie et mœurs ; aucune mesure préventive n'était prise eu égard à la salubrité de l'école (art. 9). Cependant la liberté était gravement atteinte, parce que le projet (art. 8) exigeait des associations enseignantes une autorisation par ordonnance royale rendue en Conseil d'Etat ; ce texte visait non seulement les congrégations enseignantes, mais les sociétés civiles locales fondées pour l'entretien des écoles locales, ce qui était excessif.

Le rapporteur de la commission, l'ancien conventionnel Daunou, tout en faisant des réserves sur ce dernier point, appuyait le projet, et faisait justice dans son rapport des objections des partisans du monopole ; ceux-ci prétendaient que la liberté engendrerait le charlatanisme, mais le rapporteur répliquait que l'opinion publique rendrait intolérable la position des charlatans de l'enseignement. Les universitaires soutenaient encore que la concurrence découragerait les instituteurs communaux ; mais, justement pour parer à cette éventualité, le projet accordait aux instituteurs communaux divers avantages matériels. Enfin, les universitaires exprimaient la crainte que la liberté ne favorise les plans réactionnaires ; cette crainte était jugée par le rapporteur sans fondement et néfaste par toutes les entorses à la liberté qu'elle engendrait.

La fin de la législature empêcha la discussion de ce projet qui, remanié dans la suite par le nouveau ministre de l'instruction publique Guizot, devint la loi du 28 juin 1833.

Cette loi était basée sur le principe de la liberté d'enseignement (1). Ce principe, la loi ne le considérait pas toutefois comme absolu, parce que, disait le rapport précédant le projet (2), l'enseignement est « une profession délicate entre toutes et pour laquelle il n'est pas moins légitime d'exiger des garanties que pour celle de médecin et d'avocat ». Ces garanties, dont le seul but était la sauvegarde du bien public, étaient de deux sortes : les unes, préventives, d'après lesquelles tout instituteur privé devait posséder un minimum de capacité et de moralité ; les autres, consistant en une surveillance exercée sur les écoles par des comités d'arrondissement. Mais cette surveillance (3) ne portait plus comme autrefois sur les méthodes et les doctrines qui étaient libres, le rôle de ces comités se bornait à veiller à la salubrité des écoles et au maintien de la discipline (art. 21). Enfin, les poursuites disciplinaires contre les instituteurs privés avaient lieu à la demande du comité d'arrondissement et, pour éviter toute décision arbitraire, le Tribunal civil était seul compétent en cette matière à charge d'appel.

D'après cette loi, tout individu, âgé de 18 ans, pouvait ouvrir une école primaire de garçons, à la seule condition d'être pourvu d'un brevet de capacité et d'un certificat de bonnes mœurs ; il n'avait qu'à déclarer son intention au maire de la commune où il devait exercer (art. 4). L'incapacité de tenir école était édictée en cas de condamnations infamantes (art. 5 et 7). Toute infraction à ces règles rendait le délinquant passible de peines correctionnelles (amende, et prison en cas de récidive) ; en outre, l'école devait être fermée. Enfin, une loi un peu antérieure à la loi Falloux (loi du 11 janvier 1850, art. 5) interdisait aux instituteurs communaux suspendus ou révoqués d'ouvrir une école privée dans la commune ou dans les communes limitrophes ; mais cette disposition n'était sanctionnée ni par les pénalités de la loi de 1833, ni par celles de l'article 471 du Code pénal (4).

(1) Rapport Cousin à la Chambre des pairs, *Moniteur* du 22 mai 1833, p. 1434, colonne 2.

(2) *Moniteur* du 3 janvier 1833.

(3) Décision du Conseil royal de l'instruction publique, du 25 février 1834, dans Rendu, *op. cit.*, p. 814.

(4) Cass., 6 avril 1850, Dauphin, S. 1850, I, 700.

La loi du 28 juin 1833 supprimait donc, en ce qui concernait l'enseignement primaire, le monopole et l'autorisation préalable. Ce régime libéral s'appliquait aux écoles privées, qu'elles soient fondées par un particulier ou une association. On avait tout d'abord songé (1) à se montrer plus sévère à l'égard des associations et à exiger d'elles une autorisation royale. Mais Guizot fit écarter cette disposition, parce qu'elle ne distinguait pas entre les grandes congrégations enseignantes et les petites sociétés civiles locales fondées pour l'entretien d'une école ; étant donné le nombre de ces dernières, on ne pouvait exiger d'elles une autorisation sous peine de réintroduire en fait la pratique condamnée de l'autorisation préalable. On estima, d'autre part, qu'il valait mieux s'occuper des associations ailleurs que dans une loi sur l'enseignement et que, du reste, la nécessité d'une autorisation aurait été aisément éludée, tout congréganiste, à titre personnel, pouvant tenir école dans les termes du droit commun.

Cependant la loi de 1833, qui s'appliquait indistinctement à toutes les écoles primaires de garçons, ne régissait pas les écoles de filles (2). L'article 26, § 2, du projet Guizot (3) les visait expressément ; or, ce paragraphe fut retranché dans la suite ; de plus, les discussions engagées devant le Parlement (4) et le rapport Cousin (5) indiquaient assez la volonté du législateur de laisser les écoles de filles sous l'empire de la législation antérieure.

Nous ne croyons pas qu'il faille chercher ailleurs que dans un motif d'ordre pratique la raison de cette différence de traitement. Le législateur était d'avis d'unifier autant que possible le régime des deux écoles ; mais bientôt il s'était aperçu qu'on ne pouvait assimiler absolument les deux sortes d'écoles, par exemple au point de vue des programmes, de l'obligation pour les communes d'avoir une école de filles, des personnes chargées de la surveil-

(1) Voir projet Barthe, *supra*, et amendement Vatout au *Moniteur* du 1er mai 1833
(2) Conseil royal inst. pub., 2 août 1833, dans Gréard, t. II, p. 50, et 4 juillet 1834 dans Gréard, *op. cit.*, t. II, p 155.
(3) *Moniteur* du 3 janvier 1833.
(4) *Moniteur* du 4 mai 1833.
(5) *Moniteur* du 22 mai 1833, p. 1436, colonne 2.

lance des écoles. Pour statuer en connaissance de cause, il aurait fallu que le ministre se fût livré à une enquête spéciale sur les « faits relatifs aux écoles de filles » ; cette considération amena le ministre à retirer l'article 26, § 2, de son projet, et on renvoya à plus tard la question des écoles de filles (1).

Elle fut réglée par une ordonnance en date du 23 juin 1836 (2) d'une manière sensiblement différente de celle de la loi de 1833, et cela sans raison bien apparente en ce qui concernait les ouvertures d'école. En effet, si par exemple le programme et la surveillance doivent être adaptés au sexe des élèves, il n'y avait aucune raison de rendre l'ouverture des écoles de filles plus malaisée que celle des écoles de garçons. Quoi qu'il en soit, toute institutrice, désirant tenir une école, devait y être autorisée par le recteur (3) ; sa moralité était constatée par divers certificats (art. 4 à 8). Cette ordonnance n'était pas sanctionnée par les peines correctionnelles de la loi de 1833, mais par celles de simple police de l'article 471, § 15, du Code pénal : c'était une conséquence nécessaire du caractère de droit strict de la loi de 1833 (4).

Ainsi donc, la suppression de l'autorisation préalable par la loi de 1833 visait uniquement les écoles primaires de garçons. L'autorisation restait nécessaire pour les écoles de filles, ainsi que pour les salles d'asile (5), les pensionnats (6), les écoles d'adultes (7).

Si nous voulons juger l'œuvre de la loi de 1833, nous sommes en droit de lui reprocher en premier lieu son caractère exceptionnel : elle laissait subsister l'autorisation avec son arbitraire pour un bon nombre d'établissements primaires. Cette diversité de traitements ne se justifiait pas : l'économie de la loi était donc défectueuse.

(1) *Moniteur* du 4 mai 1833.

(2) Avec le rapport Pelot de la Lozère, dans *Moniteur* du 25 juin 1836.

(3) Cass , 16 octobre 1840, Boudier, S. 1840, I, 960.

(4) Cf. ci-dessus régimes antérieurs des écoles de filles ; v. Cass., 30 juin 1843, Verdier, S. 1843, I. 658.

(5) Ordonnance du 22 décembre 1837.

(6) Conseil royal inst. publ., 31 mai 1839, et Cass., 27 novembre 1846, dans Gréard, *op. cit.*, t. II, p. 421 et 541.

(7) Cons. royal inst. publ., 22 décembre 1835, Gréard, *op. cit.*, t. II, p. 213 ; arrêté 22 mars 1836, *op. cit.*, t. II, p. 226 ; Cass., 7 février 1846, Boisselier, *op. cit.*, t. II, p. 533.

D'autre part, au point de vue du respect des droits de l'Etat, la loi était imparfaite. Au sujet des garanties de capacité exigées des instituteurs, il n'y avait rien à dire. Quant au certificat de moralité, nous verrons qu'il était insuffisant pour empêcher un individu taré de se faufiler dans l'enseignement. Enfin, la protection de l'hygiène publique n'était peut-être pas très bien organisée : une ordonnance du 16 juillet 1833 (art. 18), reprenant les dispositions de l'article 21 de la loi, prescrivait que tout local devait au préalable être visité par le maire ou par un membre du comité communal, qui en constatait la convenance et la salubrité. Mais si le local n'était ni salubre, ni convenable, la loi ne prévoyait expressément aucune sanction. Or, ce texte ne voulait rien dire s'il ne conférait pas au maire ou à un membre du comité le droit de s'opposer à l'ouverture de l'école, au cas où le local scolaire aurait été défectueux. Mais cette opposition n'était pas expressément prévue (1), et il s'ensuivait qu'on était enfermé dans le dilemme suivant : ou permettre à l'école de s'ouvrir malgré ses inconvénients, ou reconnaître au maire un droit d'opposition qui n'était ni réglementé, ni sujet à recours contentieux; cette alternative fâcheuse condamnait le système adopté par la loi.

Au point de vue de la liberté d'enseignement, il faut reconnaître que la loi de 1833 constituait un progrès sensible par rapport au régime antérieur. La suppression de l'autorisation enlevait une des causes d'arbitraire dont on se plaignait. Mais le certificat de moralité subsistait, non moins arbitraire que l'autorisation, et qui était déjà critiqué sous le monopole. Le 20 novembre 1830, au ministre de l'instruction publique, qui déclarait que les autorisations n'étaient jamais refusées à ceux qui se présentaient munis d'un certificat de bonnes mœurs, Benjamin Constant répondait : « Les autorisations, nous a dit le ministre, ne sont jamais refusées, sauf les certificats de moralité. Mais, Messieurs, ne sentez-vous pas que c'est toujours le pouvoir ou les délégués du pouvoir qui jugent ces certificats (2)? » Par

(1) Art. 21 de la loi de 1833 : « Tout local destiné à une école primaire privée sera préalablement visité par le maire de la commune ou par un membre du comité communal qui en constatera la convenance et la salubrité. »

(2) Cité dans Grimaud, *Histoire de la liberté d'enseignement*, p. 200.

cela seul que l'autorisation était supprimée, la liberté n'était donc pas établie. Il est vrai que le certificat de moralité devait être délivré par le maire avec l'attestation de trois conseillers municipaux : c'était une garantie, mais l'attestation unanime des trois conseillers ne liait pas le maire ; d'autre part, en l'absence du maire, nul ne pouvait donner ce certificat (1). De plus, contre une décision de refus du maire, il n'existait pas de recours contentieux. A l'inverse, les certificats de complaisance étaient d'un usage facile et courant. Il s'ensuivait que le certificat de moralité avait le double inconvénient, à la fois de ne pas défendre assez la société contre les mauvais instituteurs, parce qu'il était aisé d'obtenir des certificats de faveur, et de laisser les instituteurs impuissants devant l'arbitraire des autorités locales qui refusaient par parti pris, par rancune ou par erreur, de délivrer le certificat exigé (2).

Ces défauts du certificat de moralité furent encore aggravés par la jurisprudence de la Cour de cassation, qui décida qu'un instituteur communal révoqué pouvait ouvrir une école privée, même si le certificat dont il était porteur remontait à une époque antérieure à sa destitution ; c'était frapper le certificat de moralité d'inefficacité pour des cas où, précisément, il était le plus utile de vérifier la moralité de l'instituteur (3).

Au total, la loi du 28 juin 1833 constituait un essai intéressant d'émancipation de l'enseignement primaire, essai maladroit, qui permit néanmoins aux écoles privées de se développer plus largement en France (4). Il restera, pour rendre l'intervention de l'Etat acceptable, à s'inspirer de ce vague article 21 (v. ci-dessus), qui est comme l'embryon du droit d'opposition en matière d'hygiène. Qu'il s'agisse d'hygiène ou de moralité, l'Etat doit intervenir par voie d'opposition, et non d'autorisation ou de certificat ; en second lieu, des recours doivent exister. Ces deux réformes, il était réservé à la loi Falloux de les accomplir.

(1) Conseil royal inst. publ., Rendu, *op. cit.*, p. 846, et Cass., 23-28 décembre 1839, Arthaud, S. 1840, I, 111.

(2) Voir Rapport Salvandy, 31 mars 1847, dans Gréard, *op. cit.*, t II, p. 554 ; Rapport Falloux, 18 juin 1849, Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 167.

(3) Voir Rapport Beugnot, 8 octobre 1849, Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 216 et Cass., 24 novembre 1848, Estienne, S. 1849, I, 432.

(4) Voir Rapport Falloux, 18 juin 1849, Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 165.

CHAPITRE IV

La loi du 15 mars 1850 : le droit d'opposition

La liberté de l'enseignement primaire ainsi partiellement obtenue, le parti catholique porta tous ses efforts sur la conquête de la liberté de l'enseignement secondaire : l'enseignement primaire passe donc au second rang des préoccupations politiques après le vote de la loi de 1833. Soit que les défauts du système de 1833 n'ait pas apparu de suite, soit qu'on ait considéré la réforme de cette loi comme d'importance minime par rapport aux questions relatives à l'enseignement secondaire, il faut aller jusqu'à l'année 1847 pour rencontrer un projet de loi qui s'occupe de l'enseignement primaire.

***

C'est le 31 mars 1847 (1) que fut déposé par M. de Salvandy, Ministre de l'instruction publique, le premier projet modifiant les conditions d'ouverture des écoles primaires. Ce projet est très important pour l'histoire du droit d'opposition, car il en est le premier essai de consécration légale. La critique du certificat de bonnes mœurs exigé par la loi de 1833 était reprise par l'auteur du projet (2) et l'on peut dire que l'idée-mère du projet, en ce qui concernait les ouvertures d'écoles, était la suivante : tout citoyen remplissant certaines conditions d'âge et de capacité civile pouvait ouvrir une école privée pourvu qu'il déclarât son intention au comité d'arrondissement (art. 10). La puissance publique était alors en droit de s'assurer de trois choses : de la capacité professionnelle de l'instituteur, de sa moralité et de la convenance du local. Voici quels étaient les moyens imaginés par le

(1) Gréard, *op. cit.*, t. II, p. 546 ; rapport de la Commission de la Chambre des députés du 20 juillet 1847, dans Gréard, t. II, p. 569.

(2) Gréard, *op. cit.*, t. II, p. 554.

projet de Salvandy pour atteindre ce triple but. Tout déclarant devait être pourvu d'un brevet de capacité : cette disposition n'avait rien d'original et elle ne prête à aucune observation. Le déclarant devait en outre être porteur du plan de l'école, visé et approuvé par le maire de la commune ; sans approbation du local par le maire, nulle déclaration régulière n'était possible et l'école ne pouvait s'ouvrir ou si elle le faisait, c'était irrégulièrement ; il s'agissait, on le voit, d'une autorisation circonscrite au local, et les décisions du maire à ce sujet étaient susceptibles d'appel devant le préfet statuant en son Conseil de préfecture. Enfin le recteur avait un mois à partir de la déclaration d'ouverture pour élever opposition devant le Comité d'arrondissement, exclusivement dans l'intérêt des mœurs publiques ; si l'opposition était contestée, l'affaire devait être portée devant le Conseil académique qui statuait dans le mois.

La commission chargée d'étudier ce projet (1) adopta sans modification ces dispositions et reprit en son nom les arguments invoqués par M. de Salvandy. Elle approuvait sans réserve le droit d'opposition conféré au recteur dans l'intérêt uniquement des bonnes mœurs, car le donner à plusieurs autorités aurait « créé trop d'entraves » ; d'autre part, les autorités ne disposant pas de l'opposition pouvaient avertir le recteur des faits intéressant la moralité du déclarant, quitte au recteur à juger s'il devait ou non s'opposer à l'ouverture de l'école. L'arbitraire était écarté par cette limitation des causes d'opposition aux faits entachant la moralité du candidat. Enfin des recours étaient institués.

Ce projet, quoiqu'en progrès sur le système de 1833, n'était pas encore bien au point. Le recours au préfet, en cas de refus d'approbation du local par le maire, était un recours hiérarchique à peine déguisé et comme tel sans grande portée. D'autre part, aucun appel n'était prévu contre la décision du Conseil académique statuant sur l'opposition du recteur et rien n'était spécifié eu égard aux droits de la défense. L'idée de faire approuver le local scolaire avant la déclaration d'ouverture n'était pas heureuse non plus ; car c'était faire courir successivement deux

(1) Gréard, *op. cit.*, t. II, p. 580.

délais, l'un pour permettre au préfet de statuer sur le refus du maire, l'autre pour laisser au Conseil académique le temps de juger l'opposition du recteur : ces deux délais auraient retardé inutilement la solution du litige ; en effet, une autre combinaison pouvait se présenter, suivant laquelle le maire et le recteur avaient le même délai, ou du moins deux délais différents mais avec un point de départ identique, pour agir chacun dans la sphère de leurs attributions, comme cela a lieu par exemple aujourd'hui.

Le projet de Salvandy se doublait d'un autre projet sur l'enseignement secondaire qui entrava l'aboutissement du premier et la révolution de 1848 se produisit sans qu'aucune modification ait été apportée à la loi de 1833.

*
* *

Sous l'impulsion des éléments catholiques assez favorables au nouveau régime, la constitution du 4 novembre 1848 (art. 9) reconnaissait la liberté d'enseignement qui s'exerçait sous la garantie des lois et la surveillance de l'Etat. La loi de 1833 restait en vigueur jusqu'à nouvel ordre (1) : quant au principe posé par la Constitution, il ne constituait à l'égard des enseignements supérieur et secondaire qu'une promesse. Les projets visant la réorganisation de l'enseignement primaire se souderont définitivement à ceux qui intéressaient l'enseignement secondaire : ce fait retardera leur aboutissement.

Un projet Carnot du 30 juin 1848 (2), consacré exclusivement à l'enseignement primaire, s'écartait sensiblement des principes dont s'était inspiré M. de Salvandy. Il établissait la liberté presque absolue de fonder des écoles, sous les seules conditions d'avoir un certificat d'aptitude et de faire une déclaration au maire et au recteur. La moralité du déclarant était indifférente, l'auteur « ne reconnaissant d'autres arbitres compétents sur un point si délicat que les pères eux-mêmes et n'admettant d'autres causes d'indignité qu'une condamnation judiciaire » (3). L'ouverture de

(1) Décret 27 avril 1848, art. 9, Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 21.
(2) Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 38.
(3) Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 34.

l'école ne pouvait avoir lieu qu'un mois après la déclaration. Ce projet était trop libéral en ce qui concernait le respect des bonnes mœurs ; en effet, contre l'immoralité du déclarant aucune mesure préventive n'était prise, c'était seulement après qu'il s'était livré à des écarts de conduite qu'il pouvait être traduit devant le Tribunal civil et interdit d'enseigner à temps ou à toujours (art. 24). Eu égard au respect de l'hygiène, la défectuosité du projet n'était pas moins apparente : l'école ne devait pas être ouverte avant l'expiration d'un mois à partir de la déclaration, mais aucune opposition n'était prévue de la part des maires et recteurs ; à s'en tenir strictement au texte, là encore aucune mesure préventive n'était édictée, mais on pouvait fermer l'école où les règlements de salubrité, arrêtés par l'autorité publique, n'étaient pas observés (art. 23). La conception du rôle de l'Etat, d'après le projet Carnot, était donc diamétralement opposée à celle du projet de Salvandy et de celui qui a prévalu : elle considérait l'Etat comme devant réprimer et non pas prévenir les abus (1).

Le projet Carnot fut étudié par une commission parlementaire dont Barthélemy Saint-Hilaire fut le rapporteur ; au point de vue de l'ouverture des écoles primaires, la commission (2) revint avec raison au système préventif : l'ouverture de toutes écoles devait être déclarée et opposition pouvait y être formée dans l'intérêt de la morale publique soit par l'autorité municipale, soit par les magistrats de l'ordre judiciaire, soit même par un tiers quelconque (art. 48) ; l'opposition était jugée par le Tribunal civil réuni en Chambre du conseil, le déclarant entendu et sauf recours à la Cour d'appel. Le texte du projet disait en outre (art. 48, dernier paragraphe) : « La déclaration relative au local sera jugée dans la même forme sous le rapport de la convenance et de la salubrité » : c'était instituer le droit d'opposition également dans l'intérêt de l'hygiène Ces dispositions appellent trois observations principales : 1° dans l'esprit des auteurs de la proposition, l'opposition devait être obéie par provision, quoique cela n'eût pas été dit formellement ; mais rien n'était spécifié au sujet de l'appel

(1) Sur ces deux systèmes, voir notre Introduction.

(2) Proposition de la Commission avec rapport préliminaire, dans Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 105.

qui était par conséquent suspensif, comme c'est le droit commun en matière civile; or, en matière d'ouverture d'école, il y a intérêt à ce que l'appel ne soit pas suspensif de l'exécution de la décision prise en premier ressort. 2° Ce qui frappe en outre dans le projet de la commission, c'est le nombre illimité de personnes pouvant faire opposition ; dans notre Introduction, nous avons vu l'inconvénient d'un procédé qui permet au premier venu d'entraver sans motif plausible l'ouverture d'une école. 3° Enfin, à l'inverse de ce qui avait lieu dans le projet de Salvandy, les oppositions étaient jugées par les juridictions de droit commun : « Pour donner toute sécurité à la liberté, disait le rapport (1), nous n'avons pas voulu nous en remettre à un tribunal spécial qui peut-être eût éveillé de justes ombrages. » Que faut-il en penser? La question est capitale, car la liberté n'est sauvegardée avec le droit d'opposition que si les recours donnés aux instituteurs sont sérieux. Or, ils ne le seront que si les juridictions chargées de juger l'opposition sont libres d'esprit et d'allures. Le Tribunal civil, absolument indépendant de l'Université, paraît de prime abord tout à fait qualifié pour ce rôle, d'autant plus que nous sommes ici en matière de liberté publique. Au contraire, les juridictions universitaires, composées de rivaux de l'enseignement privé, soumises aux impulsions du pouvoir central, présentent des dangers pour la liberté; en leur faveur, on pouvait cependant invoquer leur habitude des questions scolaires. Surtout à cette époque, où le monopole universitaire subsistait encore en partie, où le gouvernement n'avait pas perdu le souvenir de son emprise sur l'enseignement, il paraissait hasardeux de se prononcer pour la compétence des tribunaux universitaires.

* * *

Diverses dispositions du projet Carnot étrangères à notre sujet déplaisaient au nouveau ministre de l'instruction publique, M. de Falloux. Ce dernier prit prétexte de ce que la commission avait soi-disant dénaturé le projet Carnot, pour le retirer ; il nomma (2)

(1) Gréard, *op. cit* , t. III, p. 65; la même idée était reprise dans le projet Jules Simon sur l'enseignement secondaire, 5 février 1849, dans Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 123.

(2) Rapport précédant nomination des deux commissions, au *Moniteur* du 3 janvier 1849, p. 19.

deux commissions extra-parlementaires chargées d'élaborer deux projets, l'un sur l'enseignement primaire, l'autre sur l'enseignement secondaire. L'assemblée, mécontente et craignant que M. de Falloux n'ait l'intention de se passer d'elle, décida elle aussi de nommer une commission parlementaire dans le but de préparer le statut de l'enseignement. Les travaux de cette dernière commission aboutirent au projet Jules Simon (1) qui maintenait l'enseignement primaire sous l'empire de la loi de 1833 ; ce projet ne vint jamais en discussion, celui des commissions extra-parlementaires ayant pris le pas sur lui.

Les deux commissions nommées par de Falloux se réunirent en une seule sous la présidence de Thiers. Ce dernier, autrefois un des partisans les plus fervents du monopole universitaire, avait changé d'opinion, effrayé de la marée montante du socialisme. « Je demande formellement, disait-il (2), autre chose que ces détestables petits instituteurs laïques. Je veux des Frères. » Les catholiques de la commission, au contraire, se refusaient à établir au profit du clergé un monopole qui, par les protestations qu'il eût soulevées, eût fatalement tourné au détriment de l'Eglise et ils ne réclamaient que la liberté surveillée. C'est dans ce sens que la sous-commission extra-parlementaire rédigea son projet relatif à l'enseignement primaire qui, légèrement remanié, fut repris à son compte par M. de Falloux et devint, fondu avec le projet sur l'enseignement secondaire, la loi du 15 mars 1850.

Sans nous arrêter aux dispositions qui regardent l'enseignement secondaire et qui donnèrent lieu à de vives discussions, nous allons étudier la genèse de cette loi. Le projet Falloux (3) reproduisait à peu près le projet Salvandy que nous avons analysé ; on peut donc lui adresser les mêmes critiques. En outre, il laissait les écoles de filles soumises au régime précédent parce que, ce régime ayant produit des résultats satisfaisants, « il fallait se garder de toucher à ce dont on n'a qu'à se louer » (4).

Des critiques violentes s'élevèrent contre ce projet du côté des

(1) Déjà cité ; voir *Moniteur* du 5 février 1849, p. 502.
(2) *Le Correspondant*, 1879, t. I, p. 831.
(3) 18 juin 1849, dans Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 162.
(4) Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 168.

catholiques intransigeants à la tête desquels se trouvait *L'Univers* avec Louis Veuillot et du côté des libéraux partisans de la concurrence absolue (1) : on critiquait notamment le droit reconnu à l'Université d'être juge et partie en sa propre cause et le privilège exorbitant qu'elle avait d'interdire dans toutes les écoles l'usage de certains livres. La commission chargée d'étudier le projet déposa son rapport le 6 octobre 1849 (2) ; quelques modifications secondaires étaient apportées au projet gouvernemental, par exemple le brevet de capacité pouvait être suppléé par un certificat de stage ou un diplôme de bachelier ; mais le mécanisme de l'opposition restait le même. En outre et à juste titre, la commission avait soumis les écoles de filles aux dispositions relatives aux écoles de garçons, à l'exception de celles qui se rapportaient à la surveillance et à l'inspection (3) : il n'y avait pas, en effet, de raison plausible de leur imposer un régime différent aux autres égards.

On n'était pas au bout des difficultés. Les adversaires du projet s'emparèrent d'une disposition de la Constitution prescrivant de consulter le Conseil d'Etat sur tous les projets de loi gouvernementaux et obtinrent le renvoi du projet devant le Conseil d'Etat. On espérait ainsi enterrer le projet. Mais la haute assemblée administrative hâta ses travaux et put déposer son rapport le 17 décembre 1849. La modification la plus intéressante apportée au projet par le Conseil d'Etat concernait la juridiction disciplinaire des membres de l'enseignement privé. Se souvenant des attaques dirigées contre la juridiction universitaire, le Conseil d'Etat confia au Tribunal civil le rôle de conseil de discipline vis-à-vis de l'enseignement privé ; de même, s'inspirant de la même idée, il chargea le Tribunal civil de statuer sur les oppositions (4). Enfin, la surveillance de l'enseignement privé était remise à un comité dont le préfet était le président.

La commission de l'assemblée (5) n'adopta pas ces modifications : la prépondérance du préfet dans le comité de surveillance

(1) Voir Grimaud, *op. cit.*, p. 403.
(2) Rapport Beugnot et projet, Gréard, *op. cit* , t. III, p. 193.
(3) Rapport Beugnot, *op. cit.*, p. 228 et art. 55
(4) Article 44 du projet remanié, dans Gréard, *op. cit.*, t III, p. 277.
(5) Second rapport Beugnot, 31 décembre 1849, Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 289.

lui semblait de mauvais augure pour la liberté (1). Quant à la compétence du Tribunal civil, elle la repoussait également pour les raisons suivantes : les tribunaux universitaires, disait le rapport, sont des tribunaux de famille où l'instituteur privé sera examiné avec plus de bienveillance que par la juridiction civile habituée à appliquer rigidement les textes ; la suspicion où l'on tenait les corps administratifs n'était plus qu'un préjugé injustifié et blessant, ajoutait-il, car on ne pouvait « raisonnablement supposer qu'aucun autre esprit que l'esprit de stricte équité ne pénétrerait dans leur sein » (2). Cette argumentation ne nous paraît pas péremptoire ; les tribunaux civils n'appliquent pas la loi plus rigoureusement que les tribunaux universitaires ; quant au préjugé « blessant » dont parle la commission, l'histoire du Conseil départemental n'en montre que trop le bien-fondé.

Finalement, après de longues délibérations, la loi fut votée le 15 mars 1850, grâce à l'alliance des libéraux et des catholiques modérés.

* * *

La loi s'appliquait non seulement aux écoles de garçons, mais encore aux écoles de filles (3), aux écoles d'adultes et d'apprentis (art. 55) ; les pensionnats étaient subordonnés pour leur ouverture à l'autorisation du Conseil académique après avis du Conseil municipal (art. 53) ; les salles d'asile devaient être réglementées par un décret postérieur (art. 57) (4).

A la condition de n'avoir subi aucune condamnation infamante (art. 26), tout Français, âgé de 21 ans, muni d'un brevet de capacité, d'un certificat de stage, d'un diplôme de bachelier, ou ministre d'un culte reconnu ni interdit ni révoqué (art. 25), qui voulait ouvrir une école libre, devait déclarer (5) son intention au maire, lui désigner le local et lui indiquer les lieux où il avait résidé et les professions qu'il avait exercées pendant les dix

(1) Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 290 et 294.

(2) Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 296.

(3) Art. 55 ; il y avait un régime spécial pour l'inspection et la surveillance de ces écoles.

(4) Voir décret 21 mars 1855 dans Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 627.

(5) Cette déclaration était dispensée du timbre (Circulaire 26 octobre 1858, Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 737.

années précédentes (art. 27). Le postulant devait aussi adresser cette déclaration au sous-préfet, au recteur et au procureur de la République. Le maire affichait la déclaration pendant un mois à la porte de la mairie. Si le maire refusait d'approuver le local, le Conseil académique statuait (1). Le recteur, soit d'office, soit sur plainte du procureur ou du sous-préfet, avait un mois pour faire opposition dans l'intérêt des mœurs publiques. Le Conseil académique jugeait dans un bref délai cette opposition, contradictoirement et sans recours. A défaut d'opposition, l'école pouvait être ouverte à l'expiration du mois sans formalité (art. 28). L'article 29 édictait des peines correctionnelles en cas d'infraction à la loi : ces infractions constituaient, suivant la tradition, des délits-contraventions (2).

Au point de vue des droits de l'Etat, la loi de 1850 était à peu près irréprochable. Les garanties de moralité, de capacité et de convenance du local étaient suffisantes : à cet égard, la loi de 1850 était en réel progrès sur sa devancière qui, nous l'avons vu, n'était pas assez catégorique sur les questions d'hygiène. De plus, l'opposition, en tant que moyen de s'assurer de la moralité du postulant, était un procédé supérieur au certificat de moralité obtenu par complaisance ou par corruption. D'autre part, les autorités chargées d'agir n'étaient pas suspectes de favoriser indûment l'enseignement libre. Cependant nous ferons une réserve : le maire seul avait le droit d'empêcher l'ouverture de l'école pour des raisons d'hygiène ; le recteur, ne pouvant former opposition que dans l'intérêt des mœurs publiques, n'avait pas

(1) L'opposition du maire devait être motivée, mais la loi ne spécifiait pas que ces motifs dussent être tirés de l'hygiène ou des bonnes mœurs (loi 1850, art. 28, et décret 7 octobre 1850, art. 2). Sous l'empire de la loi de 1850, on discutait sur le point de savoir si le maire jouissait d'un véritable droit d'opposition. Certains prétendaient que le maire avait seulement la faculté de transmettre au recteur son refus d'approuver le local ; le recteur voyait alors s'il devait faire opposition dans les limites de l'article 28 et saisir le Conseil académique (arrêt Delbos, cit. *infra*). Nous croyons cette opinion fausse parce qu'elle ne cadre pas avec le départagement de compétence établi par la loi de 1850 entre le recteur et le maire : le premier pouvait former opposition dans l'intérêt des mœurs publiques, le second pour des motifs tenant au local. Comment, dès lors, le recteur aurait-il pu s'approprier une opposition du maire dans l'intérêt de l'hygiène sans se mettre en contradiction avec la loi qui ne lui donne compétence qu'en matière de moralité.

(2) Nîmes, 28 avril 1883. Delbos, S. 1886, II, 105.

le droit de suppléer à l'inaction du maire : c'était une lacune de la loi, car suivant les communes, la partialité des maires s'exerce aussi bien en faveur qu'à l'encontre de l'enseignement privé.

Au point de vue du droit des particuliers, la loi de 1850 était meilleure que les précédentes : l'autorisation préalable, le certificat de moralité étaient répudiés à jamais. Le droit d'opposition était défini de telle sorte que l'arbitraire n'avait plus libre cours ; et les décisions des autorités opposantes étaient sujettes à un recours contradictoire. Le choix lui-même du Conseil académique pour statuer sur les oppositions qui prêtait le flanc à de vives critiques, offrait tout de même des garanties d'impartialité à cause de la représentation dans son sein d'éléments extérieurs à l'Université. La principale critique que l'on pouvait adresser à la loi de 1850, c'était que l'appel était impossible contre les décisions du Conseil académique : ce qui était contraire au principe des deux degrés de juridictions admis par notre droit et enlevait une garantie aux particuliers. Les instituteurs lésés jouissaient bien du recours en cassation devant le Conseil d'Etat donné contre toutes les décisions en dernier ressort des tribunaux administratifs en vertu des textes généraux (1) ; mais ce recours n'est recevable que s'il est intenté pour incompétence ou violation des formes essentielles ; il laisse complètement de côté la violation de la loi, et c'eût été précisément les recours de ce troisième chef qui eussent présenté le plus d'intérêt en l'absence d'appel.

* * *

Libéré de la contrainte universitaire, l'enseignement privé ne tarda pas à subir de nouveau les assauts du pouvoir central. Napoléon III, au début de son règne, reprend en effet les idées autoritaires de son oncle et il essaie comme lui de faire retomber l'enseignement sous sa domination. Mais la situation politique de la France avait changé depuis le début du dix-neuvième siècle, l'ordre était rétabli ; le souvenir des luttes acharnées, menées pour conquérir la liberté d'enseignement, était encore dans tous les esprits. Aussi les projets de Napoléon III rencontrèrent-ils

(1) Loi 7-14 octobre 1790 ; C. d'Et., 18 novembre 1852, Guilbot dans Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 512.

une opposition ferme dans le pays et, d'une façon générale, ils échouèrent ; le droit d'ouvrir école sortit intact de son règne.

Pour arriver à ses fins, Napoléon III usa d'abord d'un moyen détourné. Un décret du 9 mars 1852 supprima l'élection comme mode de recrutement partiel du Conseil supérieur, dès lors les membres de ce conseil furent tous révocables et nommés par le gouvernement : de la sorte cette assemblée devenait un instrument servile aux mains du pouvoir. Là ne s'arrêtaient pas les visées de l'empereur ; malgré le mécontentement causé par ce décret, il ordonna le dépôt d'un projet (avril 1852) rétablissant l'autorisation préalable avec son caractère révocable (1). C'était aller trop loin : ce projet se heurta à l'hostilité du Conseil d'Etat et n'aboutit pas.

Le gouvernement dut se contenter de réformes moins radicales ; de là, la loi du 14 juin 1854 (2) qui, outre diverses mesures en réaction contre la loi de 1850, modifiait le régime des oppositions à ouverture d'école. Elle transférait (art. 8) au préfet les attributions du recteur en ce qui concernait l'enseignement primaire public et libre, par conséquent en matière d'opposition (3) ; le préfet agissait sur le rapport de l'inspecteur d'académie et sous l'autorité du Ministre de l'instruction publique. De plus le Conseil académique était remplacé par un Conseil départemental, de composition analogue, mais présidé par le préfet et qui avait compétence pour juger les oppositions aux lieu et place du Conseil académique (4).

Ces modifications moins fâcheuses que le retour à l'autorisation préalable, n'en constituaient pas moins un recul pour la liberté. Le rapport de la commission, chargée d'examiner la loi, soutenait bien qu'il importait peu que ce soit au préfet ou au recteur de faire opposition puisque c'était toujours le même tribunal, du moins un tribunal de composition analogue, qui décidait en dernier ressort. Mais ceci était un sophisme : car d'une part la personne de l'opposant n'est pas indifférente, à supposer même que le tribunal jugeant l'opposition soit impartial : le fait seul

(1) Grimaud, *op. cit.*, p. 444.
(2) Exposé des motifs et rapport, D. 1854, IV, 105.
(3) Voir exposé des motifs, D. 1854, IV, 106, n° 10.
(4) Voir aussi décret 22 août 1854, art. 28, dans Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 596.

de faire opposition à tort, indépendamment de la confirmation de cette mesure, lèse l'instituteur, puisque cela l'oblige à surseoir à l'ouverture de son école. Or transférer les attributions du recteur au préfet, fonctionnaire à la dévotion du pouvoir central, c'était exposer l'enseignement privé aux brimades du gouvernement. D'autre part, le Conseil départemental étant sous la présidence du préfet, ce dernier était en quelque sorte juge et partie, puisqu'il présidait le tribunal chargé d'examiner la validité de sa décision.

Napoléon abdiqua peu à peu ses idées autoritaires et les dernières années de son règne virent introduire une réforme heureuse dans le régime des oppositions : nous voulons parler de l'appel institué à l'encontre des jugements du Conseil départemental. On se rappelle que ces jugements étaient en dernier ressort et comme tels n'étaient susceptibles que d'un recours, trop étroit, en cassation devant le Conseil d'Etat. La loi de 1854 (art. 7) avait semblé abroger cette disposition ; elle spécifiait que les décisions du Conseil départemental, « intéressant la liberté d'enseignement », seraient portées en appel devant le Conseil impérial de l'instruction publique. L'opposition intéressant la liberté d'enseignement, on était en droit de conclure que les jugements du Conseil départemental en cette matière étaient susceptibles d'appel. Cependant le Conseil d'Etat se refusa à voir dans la formule vague de la loi une abrogation tacite de l'article 28 de la loi de 1850 et il persista à déclarer sans recours les décisions du Conseil départemental (1) ; peut-être était-il porté aussi vers cette interprétation restrictive par une phrase de l'exposé des motifs de la loi (2) qui ne disait pas que l'appel sera porté, mais « continuera à être porté devant le Conseil impérial », ce qui n'impliquait chez le législateur aucune intention de changement.

Ce fut la loi du 10 avril 1867 qui fit la réforme qu'avait laissé entrevoir la loi précédente. Désormais les décisions du Conseil départemental purent dans les dix jours de leur notification être déférées en appel devant le Conseil impérial (art. 19). Il était sage

(1) C. d'Et., 6 juillet 1861, X..., dans Gréard, t. III, p. 777.
(2) D. 1854, IV, 106, n° 9.

de revenir à la règle générale des deux degrés de juridiction dans le but d'éviter des erreurs d'interprétation (1) ; on ne s'était du reste jamais bien expliqué pourquoi la loi de 1850 n'avait pas admis l'appel pour l'enseignement primaire et l'avait admis au contraire pour l'enseignement secondaire.

La loi instituait un appel, mais avec quel caractère ? Le Conseil impérial (2) estimait que, de quelque part que vînt l'appel, l'intérêt des mœurs et des enfants s'opposait à ce que l'école soit ouverte avant qu'il ait statué en dernier ressort ; autrement dit, suivant cette théorie, l'appel des opposants était suspensif, celui de l'instituteur ne l'était pas. Cette solution, que la loi du 30 octobre 1886 a consacrée depuis, était fort peu soutenable dans le silence des textes (3) ; il fallait opter : ou l'appel toujours suspensif, ou l'appel jamais suspensif. Pour cela, on devait appliquer les règles du droit commun ; or l'appel en matière administrative n'est pas suspensif. Par conséquent, si le Conseil départemental avait confirmé l'opposition, l'école ne devait pas être ouverte ; au contraire, si le Conseil départemental avait donné mainlevée de l'opposition, l'école pouvait être ouverte malgré l'appel, sauf à être ensuite fermée si le Conseil impérial ou supérieur maintenait l'opposition (4).

Le droit d'opposition se maintint tel quel jusqu'à la loi du 30 octobre 1886, malgré une alerte dont nous dirons quelques mots. Lorsque parut la loi du 27 février 1880 réorganisant le Conseil supérieur de l'instruction publique, une discussion s'éleva sur le point de savoir si le droit d'appel n'était pas implicitement abrogé en ce qui concernait le contentieux du Conseil départemental, par conséquent les oppositions. En effet, la nou-

(1) Conseil impérial, 28 janvier 1869, Gréard, *op. cit.*, t. IV, p. 201, et *Bulletin administratif du Ministère Instr. publ.*, 1869, t. I, p. 180.

(2) Conseil impérial, 28 janvier 1869, cit.

(3) L'article 29 de la loi de 1850 se bornait à édicter des peines contre celui qui ouvrait son école *au mépris* de la décision du Conseil départemental ; mais cette loi ne prévoyait pas l'effet de l'appel qu'elle n'avait pas institué : on pouvait donc très légalement ouvrir l'école, malgré interjection de l'appel, si le Conseil départemental avait donné mainlevée de l'opposition, car alors ce n'était pas agir *au mépris* de la décision du Conseil départemental. Le Conseil impérial invoquait à tort cet article 29 en faveur de sa thèse.

(4) En ce sens, Cass., 10 décembre 1880, Théderrat, S. 1882, I, 281.

velle loi (art. 7) disposait que le Conseil supérieur statuait en appel et en dernier ressort sur les jugements rendus par les Conseils académiques en matière contentieuse et disciplinaire et sur les jugements des Conseils départementaux prononçant interdiction absolue d'enseigner. Le Conseil supérieur, interprétant restrictivement ce texte, en conclut à la non-recevabilité de l'appel en matière d'opposition (1). Mais le Conseil d'Etat, devant lequel la question fut portée par la voie du recours en cassation, décida que la loi de 1880 avait laissé subsister celle de 1867 dans tout ce qui ne la contredisait pas ; or, on ne pouvait conclure de ce que la loi de 1880 spécifiait l'admission de l'appel en matière d'interdiction d'enseigner qu'elle l'excluait en matière d'opposition (2).

(1) C. sup., 6 janvier 1881 et 23 décembre 1882, cités dans les conclusions Le Vavasseur de Précourt sous C. d'Et., 3 août 1883, Raveneau, Lebon, p. 725, et S. 1885, III, 48.

(2) Arrêt Raveneau cité, et C. d'Et., 19 décembre 1884, dame Cochet, Lebon, p. 919.

CHAPITRE V

La loi du 30 octobre 1886 ; le régime actuel.

La loi du 30 octobre 1886 n'a apporté que peu de changements au régime des ouvertures d'écoles privées, tel qu'il était établi par la loi du 15 mars 1850, complétée et corrigée par celles de 1854 et de 1867. Le droit d'opposition est conservé dans ses grandes lignes et les retouches dont il fut l'objet n'ont pas altéré sa physionomie. La difficultueuse élaboration de la nouvelle loi ne tient pas en conséquence aux dispositions qu'elle renfermait eu égard à l'opposition, mais bien aux discussions que soulevèrent la laïcisation du personnel des écoles publiques, le statut des instituteurs et la réforme du Conseil départemental, sujets qui débordent le cadre de notre travail. Malgré cela, nous devons retracer à grands traits les étapes franchies par la proposition de loi Barodet (1), jusqu'à ce qu'elle devint la loi du 30 octobre 1886.

La proposition Barodet, déposée peu avant la dissolution de la Chambre, ne fut mise à l'étude qu'en décembre 1877 ; Paul Bert, rapporteur de la commission chargée d'examiner cette proposition, déposa son rapport le 6 décembre 1879. Certaines parties de la proposition en furent distraites et devinrent les lois des 16 juin 1881 et 28 mars 1882, dont nous n'avons pas à nous occuper. La proposition Barodet, modifiée par la commission et amputée de plusieurs de ses dispositions, fut remaniée et reprise en son nom par Paul Bert, le 7 février 1882 ; jointe à un projet sur la nomination et le traitement des instituteurs, elle devint la loi du 30 octobre 1886, après avoir été plus ou moins retouchée par le Sénat.

Les vicissitudes de la proposition Barodet n'ont, à vrai dire, guère influé sur le droit d'opposition qui, sans en être atteint

(1) 19 mars 1877 au *Journal officiel* des 7 et 8 mai 1877, annexe 855, p. 3335 et 3390.

dans son essence, prit part à l'existence mouvementée des propositions sur l'enseignement primaire. A son sujet, il ne s'éleva guère de discussions, et celles qu'on engagea portaient sur des détails. Cela tenait à ce que le régime de la loi de 1850 était satisfaisant. Paul Bert, dans son rapport sur la proposition Barodet (1), nous dit que la commission a peu innové en matière d'ouverture d'écoles, parce que la loi antérieure n'a soulevé sur ce point que peu de réclamations.

Les modifications apportées par la loi portent d'abord sur le choix des opposants, qui ne sont plus les mêmes : il y a toujours le maire, mais le préfet est remplacé par l'inspecteur d'académie. Il était, en effet, choquant que ce soit le représentant du pouvoir central qui ait charge de faire opposition ; il était certainement plus logique, sinon plus favorable à la liberté, de confier ce soin au fonctionnaire qui était à la tête de l'enseignement primaire dans le département. Cette modification était déjà proposée par M. Barodet.

Eu égard aux délais que l'on trouve dans la procédure d'opposition, la réforme la plus intéressante de la loi de 1886 consiste dans l'établissement d'un délai de rigueur pour le jugement de l'opposition par le Conseil départemental. La loi de 1850 lui enjoignait de statuer dans le plus bref délai, et les propositions Barodet et Paul Bert avaient repris cette disposition. Paul Bert se refusait à instituer un délai. Un amendement en sens opposé lui fournit l'occasion de s'expliquer sur ce point : suivant lui, dans les affaires simples, le Conseil départemental pouvait aller vite, mais il n'en était pas ainsi de toutes les oppositions, car il est des cas douteux nécessitant des longues recherches et des expertises ; un délai de rigueur aurait donc obligé le Conseil départemental à statuer dans les cas difficiles sans être complètement éclairé. Ce point de vue emporta l'assentiment de la Chambre (2). Mais la commission du Sénat (3) adopta la mesure repoussée par la Chambre et la fit accepter dans la suite par

(1) 6 décembre 1879, *Journal officiel*, 10 février 1880, p. 1527.

(2) Débats parlementaires, députés, 15 mars 1884, *Journal officiel*, p. 765.

(3) Rapport Ferrouillat, 24 novembre 1885, documents parlementaires, Sénat, *Journal officiel*, mai 1886, annexe 16, p. 18.

l'autre assemblée. L'avantage qu'il y a à ne pas trop retarder l'ouverture des écoles justifie l'institution d'un délai pour le jugement de l'opposition, d'autant plus qu'en un mois il est aisé pour le Conseil départemental de se rendre compte du bien fondé d'une opposition ; car, d'une part, l'opposant s'est déjà muni pour agir de pièces à conviction ; d'autre part, le rapporteur a un mois pour faire son rapport ; avec les moyens de communication actuels, il a le temps suffisant d'aller sur les lieux et de consulter des experts.

La compétence des opposants a été modifiée, elle aussi, par la loi de 1886. Le maire a toujours le droit de faire opposition pour des motifs tenant au local ; mais, sur l'initiative de la commission du Sénat (1), on a spécifié que le maire ne pourrait agir que dans l'intérêt de l'hygiène et des bonnes mœurs. La réforme relative à la compétence de l'inspecteur est plus grave. On se souvient que, d'après la loi de 1850, le recteur ne pouvait former d'opposition que dans l'intérêt des mœurs publiques ; par conséquent, lorsque l'hygiène était en jeu, il ne pouvait suppléer à l'inaction du maire en intervenant. Pour remédier à cet état de choses, la loi de 1886 conféra à l'inspecteur le droit d'opposition également dans l'intérêt de l'hygiène.

La loi de 1850 admettait l'opposition du recteur dans l'intérêt des « mœurs publiques » ; cette expression équivoque avait été entendue comme visant non seulement les mœurs des instituteurs mais les mœurs et les sentiments de la population ; c'est ainsi qu'on avait maintenu l'opposition à l'ouverture d'une école dont le directeur était protestant, parce que la présence de ce dernier était contraire aux mœurs publiques de la commune (2). Pour empêcher le retour de pareils abus, le législateur corrigea son expression et spécifia que l'opposition devait avoir lieu dans l'intérêt des bonnes mœurs. Enfin, on jugea trop rigoureux d'interdire aux instituteurs révoqués de s'établir dans leur commune comme instituteurs privés (3) ; aussi substitua-t-on à cette incapacité partielle de tenir école l'opposition, procédé plus souple

(1) Voir Rapport Ferrouillat cité.
(2) Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 1909, p. 1070, note 1.
(3) Rapport Paul Bert, 6 décembre 1879, *Journal officiel*, 10 février 1880, p. 1527.

puisque l'inspecteur peut ne pas y recourir s'il estime que la révocation est trop ancienne pour en faire état ou qu'elle n'est pas obstacle suffisant à l'ouverture de l'école ; de plus, l'opposition, si elle a lieu, peut être levée par le Conseil départemental ou par le Conseil supérieur. Cela vaut évidemment mieux que la rigide incapacité de la loi de 1850 qui s'appliquait aveuglément dans tous les cas.

Enfin, lors de l'élaboration de la loi, deux réformes touchant à l'appel devant le Conseil supérieur furent proposées. Une seule aboutit, la suivante. Nous avons exposé dans le chapitre précédent pourquoi la loi du 10 avril 1867, n'ayant pas déterminé le caractère de l'appel, ce dernier n'était pas suspensif, conformément au droit commun administratif ; or, certains esprits pensaient que, vu l'excellence des mesures préventives en matière d'ouverture d'école, il y avait intérêt à ce que l'appel, quel qu'il soit, suspende toujours l'ouverture de l'école ; nous avons même rencontré des décisions en ce sens du Conseil supérieur que la jurisprudence civile n'adopta pas. S'inspirant de ces idées, le législateur établit que l'appel aurait toujours pour effet de faire surseoir à l'ouverture de l'école jusqu'à la solution définitive. Cette réforme, juste en théorie, n'eut pour effet que de multiplier les appels injustifiés des opposants.

Il est un autre point sur lequel la loi de 1886 n'a pas modifié le régime antérieur, mais qui provoqua une discussion intéressante. La loi de 1867 reconnaissait à la fois aux instituteurs et aux opposants le droit d'interjeter appel. Cette faculté de faire appel ayant engendré des abus, parce que des opposants mal intentionnés formaient appel dans des causes désespérées, uniquement pour susciter des ennuis aux postulants, quelques-uns en vinrent à penser qu'il convenait de réserver le droit d'appel aux seuls instituteurs (1) ; d'autres, moins catégoriques, le refusaient au maire (2) ou à l'inspecteur (3). Ceux qui ne reconnaissaient pas ce droit à l'inspecteur, prétendaient que l'inspecteur, auteur de l'opposition, avait suffisamment de prestige pour

(1) Par exemple, proposition Barodet.
(2) Proposition Paul Bert, 6 décembre 1879 citée.
(3) Rapport Ferrouillat cité.

faire prévaloir son point de vue au sein du Conseil départemental et qu'il était superflu de lui accorder le droit d'appel. Le maire, par contre, pouvait, par suite de dissentiment ou pour tout autre motif, n'avoir pas trouvé devant le Conseil départemental l'appui nécessaire, il n'était donc pas excessif de lui reconnaître, ainsi qu'au postulant, le droit d'appel. Nous croyons, nous, que le raisonnement qui vaut contre l'octroi de l'appel à l'inspecteur vaut également contre son octroi au maire ; si l'opposition de ce dernier est tant soit peu fondée, il n'est pas à craindre, étant donnée la disposition d'esprit habituelle des fonctionnaires académiques et préfectoraux, qu'elle ne rencontre pas auprès d'eux l'appui nécessaire ; notre avis est que la faculté d'appel reconnue au maire et à l'inspecteur est plus gênante pour la liberté qu'utile à l'hygiène et à la morale. Cependant, cette opinion n'a pas prévalu (1) : le législateur a considéré l'opposition comme une affaire purement contentieuse et non disciplinaire, où deux parties se trouvent en présence, l'une représentant l'Etat, l'autre étant le postulant ; d'après cette conception, plus ou moins imaginée pour les besoins de la cause, il était évident qu'on ne pouvait sans injustice reconnaître le droit d'appel à l'une des deux parties et le refuser à l'autre ; la question est de savoir s'il s'agit bien réellement d'une affaire contentieuse. Si on regarde l'opposition comme telle, il faut avouer que les principes ne sont guère respectés : l'inspecteur d'académie, opposant et partie au procès, instruit généralement lui-même l'affaire et dispose d'une voix pour le jugement ; où a-t-on vu les plaideurs être à eux-mêmes leur juge d'instruction et leur tribunal ?

Au total, malgré ce maintien discutable de la faculté d'appel reconnue aux opposants, les modifications apportées au régime de l'opposition par la loi de 1886 révèlent le double souci de sauvegarder la liberté et les droits de la puissance publique. La loi de 1886 ne constitue donc pas un recul par rapport à la loi de 1850 ; la critique *a priori* que nous venons de faire d'une de ses dispositions montre que son œuvre est néanmoins susceptible d'améliorations ; l'étude de la pratique de l'opposition nous le montrera mieux encore, et dans le détail.

(1) Députés, débats parlementaires, 15 mars 1884, *Journal officiel*, p. 766.

*
* *

Aux termes de la loi de 1886, quiconque veut ouvrir une école doit le déclarer au maire, à l'inspecteur d'académie, au préfet et au procureur de la République. Le maire a huit jours pour s'opposer à l'ouverture de l'école si les bâtiments scolaires présentent des inconvénients au point de vue de l'hygiène ou de la morale. Un délai d'un mois court pour permettre à l'inspecteur de s'opposer, lui aussi, à l'ouverture de l'école, soit de son propre chef, soit sur plainte du procureur, pour des causes tenant à l'hygiène et aux bonnes mœurs, c'est-à-dire que les motifs visés dans son opposition peuvent avoir trait au local et à la personne du déclarant; il peut également faire opposition dans l'intérêt de l'ordre public, s'il s'agit d'un instituteur révoqué voulant s'établir comme instituteur privé dans la commune où il était instituteur public. Toute opposition, pour être valable, doit être notifiée dans le délai ci-dessus et motivée.

L'opposition régulière est une décision préventive et imparfaite, en ce sens qu'elle est exécutoire par provision sous peine de poursuites correctionnelles, et que, si elle n'a pas été confirmée dans le mois par le Conseil départemental, elle tombe *ipso facto*.

Aussi appartient-il au préfet, avisé de toutes les oppositions qui se produisent dans son département, de faire le nécessaire pour que l'opposition soit jugée en temps utile. Pour cela, il nomme un rapporteur, d'habitude l'inspecteur d'académie, qui doit, à peine de nullité de la procédure, rédiger un rapport écrit sur l'affaire. Quant au postulant, il a le droit de se défendre, de se faire assister ou représenter, et de consulter le dossier. Sur convocation du préfet, le Conseil départemental statue sur l'opposition et non sur la convenance du local et la moralité du déclarant, c'est-à-dire qu'il est obligé de prendre l'opposition telle qu'elle est, sans y rien ajouter ni rien y retrancher; il a seulement le droit d'examiner si les motifs invoqués par l'opposant justifient l'opposition; s'il s'appuyait sur d'autres motifs pour confirmer l'opposition, il formerait réellement une nouvelle opposition et se mettrait en contradiction avec la loi qui ne reconnaît que deux opposants.

L'opposition jugée, il en est donné notification au postulant. Un délai de dix jours court alors pour permettre aux parties de faire appel. Le jugement du Conseil départemental est immédiatement exécutoire, mais l'appel (et non pas simplement le délai d'appel) empêche l'ouverture régulière de l'école jusqu'à la solution définitive de l'affaire.

Le Conseil supérieur, comme juge d'appel, a plein pouvoir pour examiner à la fois le bien fondé de l'opposition et la régularité du jugement du Conseil départemental. Devant lui, la procédure est écrite également et les droits de la défense sont analogues à ceux qu'elle possède devant le Conseil départemental. Le Conseil supérieur statue dans le plus bref délai, son arrêt est notifié aux parties par voie administrative et l'opposition est définitivement levée ou confirmée.

Toutefois, dans le délai de droit commun, les parties peuvent attaquer par un recours en cassation devant le Conseil d'Etat la décision du Conseil supérieur si elle leur paraît avoir violé les règles essentielles de forme ou de compétence. Aucune disposition spéciale n'existant, on applique ici le droit commun en matière administrative : c'est-à-dire que le recours en cassation n'est pas suspensif de l'exécution de l'arrêt du Conseil supérieur.

En résumé, dans toute son ampleur, la procédure d'opposition se compose aujourd'hui de quatre phases : 1° le maire ou l'inspecteur d'académie forme opposition ; 2° cette opposition est jugée dans le mois par le Conseil départemental de l'instruction primaire ; 3° les parties ont dix jours pour faire appel de ce jugement devant le Conseil supérieur de l'instruction publique ; 4° enfin l'arrêt d'appel peut être déféré au Conseil d'Etat par un recours en cassation. Une opposition ne se conçoit pas sans les deux premières phases, sans la décision d'opposition et son jugement ; quant à l'appel et au recours en cassation, ils sont facultatifs, le premier étant en fait assez fréquent et le second plutôt rare.

DEUXIÈME PARTIE

La procédure d'opposition.

CHAPITRE PREMIER

Du droit d'opposition.

DE LA DÉCLARATION D'OUVERTURE D'ÉCOLE

Sous certaines conditions d'âge, de moralité, de nationalité, de capacité et de sexe, tout individu, à l'exception des congréganistes (1), peut ouvrir une école s'il en a fait la déclaration et si aucune opposition n'a été formée (art. 37, loi 30 octobre 1886)

Cette déclaration, indiquant la nature de l'école et le local qui lui est destiné (2), est adressée au maire qui en donne immédiatement récépissé, la fait afficher à la porte de la mairie pendant un mois et la transcrit sur un registre avec sa signature et celle du déclarant. Le maire établit sans frais trois copies de la déclaration qu'il remet au déclarant et il envoie directement, dans les trois jours de la déclaration, un certificat d'affichage à l'inspecteur d'académie.

(1) Article 14, loi du 1er juillet 1901, et article 1er, loi du 7 juillet 1904 ; voir Edouard Fleuret, *Les congrégations dissoutes par la loi du 7 juillet 1904*, 1906, thèse Paris ; Sturel, *La condition juridique du congréganiste*, 1904, thèse Paris. chap. III ; Delamarre, *Les congrégations religieuses selon la loi du 1er juillet 1901*, 1902, thèse Paris, p. 96 et suiv ; Ledoux, *Les congrégations religieuses et la loi du 1er juillet 1901*, 1904, thèse Paris, p. 71 et suiv.

(2) Hormis le cas d'internat, le plan du local n'est pas exigé par la loi (C. sup., Deraet, 25 juillet 1903, Schmit, III, 237) ; mais une circulaire ministérielle du 11 février 1903 conseille au déclarant de le joindre à la déclaration, afin de faciliter au maire et à l'inspecteur l'examen de la convenance du local.

Le déclarant, en possession de ses trois copies, en adresse une au préfet, une au procureur de la République, qui tous deux lui en délivrent récépissé. La troisième copie, accompagnée des pièces requises (art. 38, loi 1886 ; art. 158, décret 18 janvier 1887), est transmise par le déclarant à l'inspecteur d'académie qui la fait transcrire sur un registre spécial et en délivre récépissé.

Ces déclarations ne sont pas exigées toutes les fois qu'il s'agit d'ouvrir un établissement destiné aux enfants, mais seulement dans les cas limitativement énumérés par la loi ; ce sont : 1° les ouvertures de toute école primaire ; la jurisprudence considère comme école primaire, par opposition à l'instruction familiale, l'enseignement total ou partiel (1) des matières du programme fait avec une certaine continuité, sous la direction d'une ou plusieurs personnes à des enfants de familles différentes (2), rassemblés dans le même local, ou même non rassemblés s'il résulte des circonstances une organisation entre les divers maîtres ne laissant pas de doute sur le caractère occulte de l'école (3) ; 2° le changement de local d'une école déjà constituée ; le changement doit être réel ; s'il s'agit de simples réparations, une nouvelle déclaration n'est pas nécessaire ; 3° le changement de directeur de l'école (4) ; s'il s'agit de la sécularisation sur place d'un instituteur congréganiste qui continue à tenir son école sans interruption, la déclaration est inutile (5) ; il en est de même si le directeur, momentanément absent, se fait remplacer par un suppléant (6) ; 4° la création d'un cours d'adultes indépendant (art. 8, loi 1886) ; l'annexion d'un cours d'adultes à une école déjà régulièrement ouverte ne nécessite pas de déclaration (7) ; 5° la création d'un établissement primaire supérieur (art. 36, loi 1886),

(1) Constitue ouverture d'école le fait : d'enseigner l'histoire de France au catéchisme (Cass , 26 novembre 1909, abbé Turlin, D. 11, I, 177, note Le Poittevin ; Cass., 19 mai 1911, abbé Carrier, S. 12, I, 72) ; de prendre les enfants deux par deux pour lacérer leurs manuels et dicter des corrections (Cass , 7 décembre 1912, abbé Patinier, D. 14, I, 21) ; d'enseigner l'alphabet hébreu (Cass., 4 juillet 1913, Draï et Halimi, D. 15, I, 132), etc.

(2) Cass., 26 novembre 1903, S. 1906, I, 473, note Esmein.

(3) Cass , 23 juillet 1904, Bibet, Schmit, III, 18.

(4) Cass., 26 juillet 1902, dame Faizende, D. 1903, I, 617.

(5) Cass., 16 juillet 1904, Roche, S. 1907, I, 61.

(6) Cass., 26 octobre 1906, Martin, S. 1906, I, 480 et D. 1907, I, 47.

(7) Cass., 8 avril 1911, abbé Madec, S. 1916, I, 137, note J. Delpech.

mais les titres de capacité exigés sont autres; 6° l'ouverture d'un pensionnat (1); en ce cas, la déclaration doit être accompagnée d'un plan précis du local, plan que le maire doit certifier conforme au local; 7° l'ouverture d'une école dirigée par un étranger et destinée exclusivement ou non aux enfants étrangers résidant en France (décret 18 janvier 1887, art. 185); l'instituteur doit remplir alors certaines conditions particulières.

Par conséquent, ne sont pas astreints à une déclaration : l'enseignement familial, le fait de donner des leçons particulières, les garderies, l'annexion d'une classe enfantine à une école primaire (2), l'enseignement de matières en dehors des programmes des études primaires, comme l'enseignement industriel (3). Les crèches sont soumises à des règles spéciales (4).

DE L'OUVERTURE DE L'ÉCOLE EN CAS D'ABSENCE D'OPPOSITION

Si un établissement, dont l'ouverture est soumise à une déclaration préalable, est ouvert sans que cette déclaration ait lieu, son directeur est poursuivi devant le tribunal correctionnel, en vertu de l'article 40 de la loi du 30 octobre 1886 (v. plus loin); dans cette hypothèse, aucune opposition n'est possible, car toute

(1) Article 170, décret 18 janvier 1887; Lyon, 4 janvier 1912, Peillon, S. 1912, II, 52.

(2) Bien que l'annexion d'une classe enfantine à une école privée ne soit pas assujettie aux formalités exigées pour l'ouverture d'une école, il se peut que le directeur de l'école en ait avisé l'inspecteur d'Académie. En ce cas, l'inspecteur a le droit de vérifier si les prescriptions relatives à l'hygiène et à la moralité sont respectées ; par suite, il pourra être amené à demander certains changements au directeur. Mais qu'on le remarque bien, il s'agit là d'une opposition qui n'a rien à voir avec la procédure du même nom organisée par la loi du 30 octobre 1886, parce que cette loi ne range pas les classes enfantines au nombre des établissements soumis à la déclaration d'ouverture et à l'opposition. Il en résulte, notamment, deux conséquences : 1° si le directeur de l'école ouvre la classe enfantine sans avoir apporté au local les modifications demandées par l'inspecteur, il n'est passible d'aucune poursuite correctionnelle en vertu de l'article 40 de la loi de 1886, il peut seulement être poursuivi disciplinairement devant le Conseil départemental pour faute grave dans l'exercice de ses fonctions (art. 41, loi 1886); 2° l'opposition de l'inspecteur n'a pas à être confirmée par le Conseil départemental ni par le Conseil supérieur; ces conseils excéderaient les limites de leur compétence, en statuant sur le bien fondé d'un acte de cette sorte (C. sup., 13 janvier 1899, Rey, I, 255); si le directeur de l'école estime que la décision de l'inspecteur est injustifiée, il peut seulement en référer au ministre de l'instruction publique par un recours hiérarchique.

(3) Douai, 2 novembre 1908, S. 1910, II, 22.

(4) Décret 2 mai 1897 ; Cass., 24 mars 1905, Schmit, III, 16.

opposition suppose une déclaration régulière qui l'a précédée (1). Mais, dans tous les cas où il y a eu déclaration, le maire et l'inspecteur ont le droit de former opposition dans les limites que nous étudierons.

Jusqu'à ce que le délai (2) d'un mois imparti à l'inspecteur d'académie pour faire opposition soit écoulé, le déclarant doit surseoir à ouvrir son école, sous peine d'être poursuivi correctionnellement, conformément à l'article 40 de la loi de 1886.

N'est-il jamais permis au déclarant d'ouvrir son école avant l'expiration du délai d'un mois? Vu le silence des textes, il faut répondre que cela n'est jamais permis. Il existe cependant une tolérance administrative approuvée par le Comité du contentieux du Ministère de l'instruction publique, dont nous devons dire quelques mots. Lorsque la déclaration d'ouverture a pour cause le changement de directeur de l'école, elle peut avoir lieu dans le courant de l'année scolaire, par exemple au cas de décès ou de maladie du directeur remplacé; obliger dès lors le nouveau directeur à attendre l'expiration des délais pour se mettre à la tête de l'école, aboutirait à faire fermer celle-ci momentanément. Pour éviter une interruption fâcheuse des études, l'administration a la faculté de faire connaître officieusement au nouveau directeur qu'elle ne prévoit pas d'opposition à former contre son école, et qu'il pourra la laisser ouverte sous sa responsabilité (3). Nous répétons que c'est là une pure tolérance administrative qui n'empêche ni le maire, ni l'inspecteur d'académie, de conserver leur droit d'opposition jusqu'à l'expiration des délais légaux. De plus, l'autorité judiciaire ne reconnaît aucune valeur à cette pratique (4).

Lorsque aucune opposition n'a été formée, l'école est ouverte à l'expiration du mois, sans autre formalité (art. 36, loi de 1886).

(1) C. sup., 4 décembre 1903, Margot, Schmit, III, 117.

(2) Ce délai sera étudié *infra*.

(3) Avis du 3 août 1895, *Bull adm.*, t. II, p. 160.

(4) Cass., 26 juillet 1902, dame Faizende, D. 1903, I. 617, note anonyme, et S. 1905, I, 380 ; Douai, 31 mars 1908, Jumelle, Schmit, IV, 63 ; C. sup., 20 juillet 1908, Jumelle, IV, 198. La Cour de cassation considère, en effet, que l'exercice du droit d'opposition implique nécessairement que le déclarant n'est pas en exercice ; s'il en était autrement, l'opposition, dont le seul objet est de retarder l'entrée en fonction de l'instituteur, n'aurait plus son effet légal.

Toutefois, s'il s'agit d'un internat, avant qu'il soit procédé à son ouverture, le Conseil départemental doit déterminer le nombre maximum d'élèves qui pourront y être admis et le nombre des maîtres nécessaires à la surveillance des élèves (décret du 18 janvier 1887, art 173). L'inspecteur d'académie mentionne cette décision sur le plan du local et renvoie le tout à l'instituteur. Les décisions du Conseil départemental en cette matière sont soumises à l'appel devant le Conseil supérieur.

A QUI APPARTIENT LE DROIT D'OPPOSITION ?

Pour que le droit d'opposition puisse s'exercer, il faut donc, en premier lieu, qu'il soit question d'ouvrir un établissement primaire soumis par la loi à une déclaration préalable ; en second lieu, que cette déclaration ait eu lieu. Toutes les fois que ces deux conditions sont remplies, l'opposition est possible de la part du maire de la commune et de l'inspecteur d'académie. Ce droit leur appartient en propre à l'exclusion de tous autres fonctionnaires ; seul, le procureur de la République peut requérir l'opposition de l'inspecteur, mais non former lui-même opposition (art. 37 et 38).

Cette interprétation rigoureuse de la loi est une conséquence de son caractère de droit strict. C'est pourquoi le droit d'opposition doit être refusé également, et au préfet, bien qu'il lui soit remis copie de la déclaration, et au Conseil départemental. Sans doute, ce dernier s'avisera rarement de former opposition de lui-même, si le maire et l'inspecteur ne l'ont pas fait (1). Mais il se produira assez fréquemment que le Conseil départemental fera opposition d'une façon détournée, sans peut-être s'en rendre toujours compte lui-même, sous couleur de juger l'opposition qui lui est soumise. Cela aura lieu, par exemple, lorsque, au lieu de juger le bien fondé des motifs de l'opposition, il examinera la convenance du local tout entière et maintiendra l'opposition en invoquant des inconvénients auxquels n'avait pas songé l'opposant ; dans ce cas, le Conseil départemental se substitue véritablement aux autorités chargées de faire opposition, car il s'arroge

(1) C. sup., 21 juillet 1888, Pincemin, Schmit, I, 247.

en fait le pouvoir de former une nouvelle opposition sur de nouveaux motifs : de pareilles décisions sont annulées en appel (v. *infra*). Il arrive aussi qu'à défaut d'opposition, le Conseil départemental ait à statuer sur le nombre maximum de pensionnaires que pourra recevoir un internat, et qu'il fixe ce chiffre à zéro ; cela équivaut à former opposition, et le Conseil supérieur annule les décisions de cette sorte (1).

Le droit exclusif du maire et de l'inspecteur est soumis dans son exercice à certaines règles, qui se réfèrent : 1° au mécanisme de l'opposition ; 2° à la compétence respective du maire et de l'inspecteur ; 3° à la nature et aux effets de l'opposition.

Section première. — Mécanisme de l'opposition.

§ 1er. — *De l'opposition formée par le maire.*

Le maire a huit jours, à compter de la déclaration, pour former opposition à l'ouverture de l'école et notifier sa décision au déclarant. Le jour de la déclaration est compris dans le calcul de ce délai (2). Si l'on suppose donc une déclaration en date du 17 du mois, l'opposition pourra encore avoir lieu le 24, mais non le 25, qui se trouve être le neuvième jour. Ce délai, étant établi dans l'intérêt du déclarant, s'applique à la notification de l'opposition aussi bien qu'à l'opposition elle-même (3).

Ce délai est extrêmement rigoureux et s'il est enfreint, l'opposition est caduque (arrêts cités) : le maire n'ayant pouvoir de former opposition que pendant huit jours, toute opposition qu'il fait en dehors de ce délai excède sa compétence et à vrai dire, juridiquement, il n'y a pas d'opposition. Le déclarant peut donc n'en pas tenir compte, mais c'est à ses risques et périls s'il a mal calculé le délai ou si, par exception, le retard est excusable. Le Conseil départemental doit purement et simplement déclarer la caducité de l'opposition tardive sans passer à l'examen du fond ; la jurisprudence du Conseil supérieur est très nette sur ce point

(1) C. sup., 8 décembre 1903, Gréboval, III, 349 ; 21 décembre 1907, Bouyssi, IV, 164.

(2) C. supérieur, 14 janvier 1898, Damien, I, 215 ; 23 mai 1902, Carton, II, 93.

(3) C. sup., 23 mars 1901, Puyjalon, II, 92 ; 5 décembre 1903, Ferrier, III, 277.

et toute décision contraire du Conseil départemental est cassée, sans qu'il y ait évocation de l'affaire. Il ne saurait en effet y avoir dans ce cas évocation, puisque l'acte initial de la procédure fait défaut et que le renvoi de l'affaire devant la juridiction du premier degré serait impossible (arr. cit.).

A l'observation de ce délai si sévèrement sanctionnée, le Conseil supérieur n'admet aucune infraction s'il s'agit de l'opposition elle-même : toute opposition formée par le maire après les huit jours qui lui sont impartis est inexistante, quelle que soit la cause du retard apporté par le maire dans sa décision. En ce qui concerne la notification tardive de l'opposition, au contraire, le Conseil supérieur reconnaît, dans certains cas très rares, qu'elle n'influe pas sur la validité de l'opposition, à condition que le retard ne soit imputable ni à la mauvaise volonté ni à la négligence du maire, mais soit dû à une cause fortuite indépendante de lui. Il serait peut-être excessif d'entacher de nullité une opposition que le maire a formée dans l'intérêt de l'hygiène et des bonnes mœurs, pour la notification de laquelle il a pris en temps voulu toutes les mesures nécessaires et qui cependant, par suite d'un retard imprévisible de la poste ou de quelque autre accident, n'est pas arrivée dans les huit jours à la connaissance du déclarant (1).

Cette exception doit être restrictivement interprétée et dans toutes les hypothèses où la négligence ou la mauvaise volonté du maire apparaît, la nullité de l'opposition tardivement notifiée est de rigueur. C'est ce qui a lieu lorsque l'opposition notifiée par la voie postale est mise à la poste dans le délai réglementaire, s'il est établi qu'elle ne pouvait parvenir normalement à l'adresse indiquée qu'après l'expiration du délai (2) ; il y aurait encore faute du maire et par suite nullité de son opposition, s'il ne la notifie pas à temps sous prétexte que le déclarant est parti sans laisser d'adresse, alors qu'il a un mandataire (3) ou qu'il a fait élection de domicile dans la commune (4) ; même s'il n'y avait ni

(1) C. sup., 10 décembre 1902, Garçon, II, 94.
(2) C. sup., 21 décembre 1904, Gauthier, III, 286.
(3) C. sup., 5 décembre 1903, Deléglise, III, 276.
(4) C. sup., 20 avril 1904, Coste, III, 282.

mandataire ni élection de domicile, le maire ne serait pas excusable d'avoir attendu le retour du déclarant, car il pouvait notifier son opposition au local proposé pour l'école (1).

Si le maire ne peut outrepasser le délai qui lui est accordé pour faire opposition, il ne lui est pas moins défendu de l'allonger par des moyens détournés, sans quoi la loi deviendrait vite lettre morte. Il suffirait en effet au maire de refuser la déclaration de l'instituteur pour qu'il ait pratiquement un délai indéfini pour former opposition. Le Conseil supérieur n'a pas voulu que le maire, par ce moyen, ait la possibilité de reculer à volonté le point de départ du délai. Il a été amené par là même à déterminer les cas dans lesquels la déclaration pourrait être refusée valablement par le maire ; cela n'est possible que lorsque la déclaration est incomplète ou irrégulière (par exemple faite par une personne qui n'a pas le droit d'enseigner). Dans ces hypothèses, le refus d'accepter la déclaration est légitime et si l'instituteur passait outre et ouvrait l'école, il se verrait poursuivi pour ouverture illégale d'école (loi 1886, art. 40). Mais lorsque c'est par arbitraire ou par une fausse appréciation de la validité de la déclaration que le maire n'accepte pas cette déclaration, le Conseil supérieur considère son refus comme nul et non avenu, et n'empêchant pas le délai de courir. Il est donc de la plus grande importance pour les instituteurs (2), lorsque le maire refuse leur déclaration ou s'obstine à n'en pas donner récépissé le même jour, de pouvoir établir de façon irréfragable la date de leur déclaration : elle peut résulter de différentes pièces du dossier, d'un arrêté préfectoral commettant le juge de paix pour recevoir la déclaration à la place du maire (3), d'un procès-verbal de gendarmerie, etc. (4). Toutes les preuves sont admises, mais il est

(1) C. sup., 23 juillet 1903, Mantelet, III, 274.

(2) Le Conseil supérieur a même reconnu que si, par une circonstance indépendante de la volonté du déclarant, le dossier n'avait pas été reçu par l'inspecteur le jour où il aurait dû l'avoir en sa possession, par exemple à la suite du refus du facteur de le laisser au représentant de l'inspecteur absent, le délai courait à dater du jour où le facteur avait présenté le dossier la première fois et non la seconde. (C. sup., 24 décembre 1904, Noguès, III, 320).

(3) Le préfet tient ce pouvoir de l'article 85 de la loi du 5 avril 1884.

(4) C. sup , 9 décembre 1902, Boisset, II, 76 ; 7 décembre 1903, Custer, III, 266 ; 21 décembre 1907, Tezé, IV, 108.

certain que l'acte d'huissier constitue la preuve la plus facile et la plus expéditive (1).

* * *

Des explications précédentes, il résulte déjà que l'absence de notification équivaudrait à l'absence d'opposition : il serait injuste en effet d'exiger que le déclarant tienne compte d'une opposition qui ne lui a pas été communiquée. Toute opposition non notifiée est donc inexistante (2) : le Conseil départemental à qui elle est soumise ne peut que constater son vice fondamental, il doit s'abstenir de passer à l'examen du fond, de même que le Conseil supérieur ne saurait évoquer l'affaire ; le déclarant peut agir comme s'il n'y avait pas d'opposition.

Nous ne reviendrons pas sur le délai de huit jours donné au maire pour notifier l'opposition. Pour être régulière, la notification doit en outre remplir certaines conditions : 1° elle doit être écrite et non pas simplement verbale, elle ne peut non plus avoir lieu par voie d'affiche (3), car dans le premier cas, elle n'est pas suffisamment précise pour que le déclarant se rende compte des motifs qui la fondent (4) et l'affichage est un mode de publicité impersonnelle qui peut très bien ne pas toucher le déclarant (5) ; 2° l'opposition ne doit pas seulement être notifiée au déclarant suivant les règles indiquées, mais aussi l'être dans le même délai et par écrit au préfet et à l'inspecteur d'académie (décret, 18 janvier 1887, art. 159) ; 3° la notification doit être motivée (art 159, décret cit.) et cela pour une double raison : il est naturel que le déclarant sache ce que le maire reproche au

(1) C. sup., 7 décembre 1903, Bonnarde, III, 265.

(2) C. sup., 11 décembre 1902, Bucugnani, II, 95.

(3) Sous ces deux seules réserves qu'elle doit être écrite et personnelle, la notification n'est soumise à aucune autre forme particulière : elle peut être libellée au bas du récépissé constatant la déclaration d'ouverture (C. sup., 21 juillet 1905, Lapierre, III, 287) ; l'opposition peut être transcrite sur le registre après la déclaration d'ouverture et notifiée en en mettant le texte au bas des copies remises au déclarant (C. sup., 7 décembre 1903. Martin, III, 279) ; malgré sa singularité, serait valable une opposition ne faisant que s'ajouter à une protestation du conseil municipal qui énumère les motifs de l'opposition (C. sup., 6 juillet 1910, Garret, IV, 157), etc. ; généralement cette notification consiste dans un acte distinct transmis par la poste ou par tout autre mode au déclarant.

(4) C. sup., 19 décembre 1904, Dupuis, III, 285.

(5) C. sup , 23 juillet 1903, Mantelet, III, 274.

local scolaire s'il veut y remédier, ou plus simplement s'il veut être à même de préparer utilement sa défense ; d'autre part, si le maire ne motivait pas ses oppositions, cela obligerait le Conseil départemental soit à se déclarer incompétent, soit contrairement à la loi à s'arroger un véritable droit d'opposition, puisque juger le bien fondé d'une opposition non motivée reviendrait en fait à apprécier la convenance du local. Toute opposition non motivée est donc nulle et tout examen du fond doit être écarté (1). Une opposition que le maire appuierait sur des motifs vagues et imprécis, en soutenant par exemple que « le local ne satisfait pas aux conditions les plus élémentaires de l'hygiène et des bonnes mœurs », serait assimilable à une opposition non motivée : on pourrait en effet lui faire les mêmes reproches. Le Conseil supérieur applique en ce cas la même sanction (2) ; 4° les libellés de l'opposition envoyés au préfet, à l'inspecteur et au déclarant doivent être identiques quant au fond : l'intérêt de la défense exige que le déclarant soit mis au courant de tous les motifs que le maire invoque à l'appui de son opposition. Il n'est pas nécessaire que les notifications soient conçues en termes identiques (3), l'essentiel est que tous les motifs invoqués par le maire dans sa notification au préfet et à l'inspecteur figurent dans le libellé remis au déclarant. Si la différence entre le texte de l'opposition signifiée au déclarant et celui qui a été adressé à l'inspecteur et au préfet ne porte pas seulement sur la rédaction, mais résulte de l'adjonction de nouveaux motifs qui n'ont pas été portés à la connaissance du déclarant, ce vice de forme frappe de nullité absolue l'opposition faite par le maire (4). Cependant, dans l'espèce citée, le Conseil supérieur a passé à l'examen du fond à l'inverse de ce qui a lieu d'autres fois (5).

(1) C. sup., 23 juillet 1903, Lacoche, III, 291 ; voir cependant une solution exceptionnelle en sens contraire : C. sup., 9 décembre 1903, Lacroix, III, 282.

(2) C. sup., 11 décembre 1902, Behagne-Defrenne, II, 97 ; 19 décembre 1904, Peloux, III, 251 ; 17 mars 1911, Gaultier, IV, 173.

(3) C. sup., 21 juillet 1903, Hierle, III, 289. Antérieurement, le Conseil supérieur exigeait l'identité des termes ; mais, en ce cas, la nullité de l'opposition n'était pas absolue et n'empêchait pas l'examen du fond (C. sup., 28 décembre 1888, Hocquard, I, 216 ; 23 mai 1902, Cazy, II, 96).

(4) C. sup., 21 juillet 1903, Diot, III, 290.

(5) C. sup., 23 décembre 1904, Grasset, III, 293.

Nous ne pouvons rien conclure pratiquement de cette jurisprudence contradictoire. Au point de vue doctrinal, que penser ? Nous croyons que l'on peut sauvegarder les intérêts de la défense sans se prononcer pour la nullité absolue de l'opposition : lorsque l'opposition notifiée au déclarant contiendra seulement une partie des motifs invoqués, ceux-là seuls pourraient être réputés valables, ceux qui n'ont pas été portés à la connaissance du déclarant étant considérés comme nuls et non avenus : l'examen du fond porterait sur les premiers seulement. Cette solution, qui a l'avantage de concilier les droits de l'Etat et ceux du déclarant, n'est pas absolument insolite dans la procédure d'opposition ; nous verrons plus loin, en effet, qu'une opposition motivée en partie sur des faits excédant la compétence de son auteur n'est pas nulle et que l'examen des autres motifs est possible.

***

Le maire peut-il fractionner son droit d'opposition ? La question présente un intérêt assez considérable. Supposons une école dont le local a trois sortes d'inconvénients, par exemple. Après déclaration d'ouverture, le maire devra-t-il appuyer son opposition sur les trois inconvénients relevés ? Il y aurait un grand avantage pratique à le faire, parce que si le maire invoque ces trois motifs à la fois, leur bien fondé sera examiné dans une seule et même procédure. Si tous trois sont reconnus suffisants pour justifier une opposition, le déclarant apportera au local scolaire les modifications voulues, il fera une nouvelle déclaration qui ne sera suivie d'aucune opposition valable, puisque tous les motifs d'opposition ont été invoqués la première fois. Si une partie des motifs est reconnue mal fondée et l'autre bien fondée, le déclarant ne tiendra compte que de ces derniers et comme un motif d'opposition reconnu mal fondé ne peut être repris lors d'une nouvelle déclaration (1), le déclarant ne courra pas le risque de voir confirmer la seconde opposition que le maire pourra lui faire. Obliger le maire à invoquer d'un seul coup tous les motifs d'opposition permet donc de liquider en une seule fois la situa-

(1) C. sup., 18 avril 1904, Houbart, III, 405 ; 19 juillet 1905, Sylvestre, III, 273 ; 8 juillet 1913, Grimal, *Bul. admin.*, II, 121, n° 1025.

tion de l'école, en supposant bien entendu qu'aucun motif nouveau d'opposition n'ait surgi depuis la première déclaration.

Il faut reconnaître cependant que rien dans la loi ne restreint les pouvoirs du maire : à toute déclaration d'ouverture d'école, il peut faire opposition pour tous les motifs indistinctement qui rentrent dans sa compétence. Il lui est donc loisible de les fractionner et de les invoquer petit à petit, au fur et à mesure que se produisent de nouvelles déclarations. Ce procédé vexatoire, en retardant indéfiniment l'ouverture d'une école, lèse d'une manière grave la liberté d'enseignement et accroît le travail du Conseil départemental devant qui revient indéfiniment la même affaire. Il serait à souhaiter que l'on introduise dans la procédure d'opposition une règle prohibant le fractionnement du droit d'opposition.

Le Conseil supérieur, dans une longue jurisprudence qui n'a pris fin qu'en décembre 1903, avait d'abord décidé, en se basant sur l'équité, que le maire ne pouvait fractionner son opposition et l'exercer par actes successifs (1), à condition que depuis la première opposition il ne soit survenu dans l'état des lieux ou des constructions aucun changement de nature à justifier une nouvelle opposition. Le Conseil supérieur allait même plus loin : lorsque la déclaration d'ouverture avait pour cause la mutation de directeur, il ne reconnaissait au maire le droit de faire opposition que si les conditions matérielles de l'école avaient changé depuis la précédente déclaration (2). Cette dernière solution, aussi illégale que l'autre, était en outre injustifiable au point de vue de l'équité : depuis la première déclaration jusqu'à celle qui est motivée par le changement de directeur, il peut s'être écoulé de longues années, de sorte qu'on ne saurait voir dans l'opposition du maire à la seconde déclaration l'effet de son arbitraire, par cela seul qu'aucune modification n'est survenue dans le local. Lorsque le maire faisait deux oppositions pendant le délai de huit jours, la juridiction universitaire se prononçait en même temps sur les deux : il n'y avait rien là qui lèse le déclarant (3).

(1) C. sup., 20 juillet 1888, Mazet, I, 181 ; 20 juillet 1903, Grèze, III, 269.
(2) C. sup., 14 janvier 1899, Moynat, I, 198.
(3) C. sup., 23 juillet 1903, Varache, III, 237 ; cf. pour inspecteur d'académie, 23 mai 1902, Cladière, II, 116.

Depuis décembre 1903 cette jurisprudence est complètement retournée : elle proscrit ce qu'elle permettait et permet ce qu'elle proscrivait. A plusieurs reprises, en effet, le Conseil supérieur a jugé que s'il est abusif sur une seule déclaration et dans une seule et même instance de fractionner l'opposition pour l'exercer par actes successifs, il est licite, après une déclaration retirée ou après une opposition maintenue, de former sur une déclaration nouvelle une nouvelle opposition pour tous les motifs admis par la loi (1). Cette solution fâcheuse est malheureusement légale. Mais là où nous ne saisissons pas bien la pensée du Conseil supérieur, c'est lorsqu'il déclare abusif l'exercice de l'opposition par actes successifs sur une seule déclaration et dans une seule et même instance. Cela signifie-t-il que le maire, dans le délai qui lui est imparti, n'a pas le droit de faire suivre sa première opposition d'une seconde qui lui est complémentaire ? Mais pour quelles raisons ? En quoi cela lèse-t-il le déclarant, si les deux oppositions ont lieu dans le délai requis ? D'ailleurs le Conseil supérieur lui-même a rejeté une opposition complémentaire du maire, parce qu'elle s'était produite tardivement (2), ce qui laisse à croire que si elle n'eût pas été tardive, il l'eût accueillie.

§ 2. — *De l'opposition formée par l'inspecteur d'Académie.*

Soit d'office, soit sur réquisition du procureur de la République, l'inspecteur d'académie peut faire opposition à l'ouverture de l'école. L'article 38 (loi du 30 octobre 1886) lui accorde pour cela un délai d'un mois, et l'article 160 du décret du 18 janvier 1887 précise que « le délai d'un mois accordé par la loi à l'inspecteur d'académie pour faire opposition ne court que du jour où il a été délivré récépissé des pièces qui doivent lui être adressées ». Dans le calcul du délai, on doit comprendre le jour de la délivrance du récépissé.

Le Conseil supérieur adopta tout d'abord la manière de voir du décret (3), mais son point de vue se modifia dans les circonstances suivantes. Un instituteur ayant ouvert son école un mois

(1) C. sup., 8 décembre 1903, Richard, III, 270 ; 5 décembre 1903, Déléglise, III, 276.
(2) C. sup., 24 décembre 1904, Durand, III, 272.
(3) C. sup., 11 décembre 1902, Thorineau, II, 110.

après la déclaration et moins d'un mois après la date du récépissé et ayant été poursuivi en correctionnelle pour ouverture illégale d'école en vertu de l'article 40 de la loi de 1886, la Cour de cassation, devant qui l'affaire fut portée, repoussa la thèse de l'administration et décida que le délai d'un mois accordé à l'inspecteur courait à dater du jour de la remise *complète* des pièces exigées à l'inspecteur ; par conséquent si l'opposition a lieu plus d'un mois après cette remise, sans toutefois qu'un mois se soit écoulé depuis la délivrance du récépissé, le déclarant peut ouvrir l'école sans se voir infliger les peines prévues à l'article 40 (loi 1886) (1).

Il nous reste à rechercher laquelle de ces deux opinions est fondée. A notre sens, la jurisprudence de la Cour de cassation doit être approuvée sans réserve. En effet, en vertu de quel droit le décret de janvier 1887 a-t-il accordé une telle importance à un récépissé que la loi ne prévoyait même pas ? Il pouvait sans doute, pour faciliter la preuve de la remise des pièces, imposer la délivrance de ce récépissé à l'inspecteur, mais il sortait de ses attributions en y subordonnant le point de départ du délai à courir, parce que, contrairement à la loi, il permettait indirectement à l'inspecteur d'allonger à son gré le délai d'opposition, en refusant de délivrer récépissé. La loi qui est muette sur le récépissé, est suffisamment explicite sur le point de départ du délai qui est la remise complète à l'inspecteur des pièces exigées : il n'y a aucune raison d'interpréter différemment la loi, quand il s'agit du délai du maire et quand il s'agit de celui de l'inspecteur ; étant donné que ce dernier a un mois pour faire opposition, ce délai part du jour où il lui a été fait une déclaration d'ouverture d'école régulière et complète, exactement comme le maire a un délai de huit jours à partir du jour où il lui a été fait une déclaration régulière et complète : le récépissé est un des moyens de preuve du point de départ du délai quand il s'agit du maire, ce n'est pas le seul et il souffre la preuve contraire. Rien dans la loi ne justifie la solution différente imposée par le décret en ce qui concerne l'inspecteur. On remarquera du reste que ledit décret

(1) Cass., 17 janvier 1902, Duval, S. 02, I, 249, note Esmein, et D. 02, I, 169, note anonyme.

ne mentionne pas qu'il a été pris sur l'avis du Conseil d'Etat, or cet avis est indispensable pour donner force de loi à un règlement d'administration publique. Nous ne devons donc pas hésiter à repousser comme illégal l'article 160 du décret du 18 janvier 1887.

Mais, dira-t-on, puisque le point de départ du délai est la remise complète des pièces, comment cette remise sera-t-elle prouvée ? S'il y a là une difficulté pratique, elle n'est pas insurmontable et d'ailleurs elle présente moins d'inconvénients que de laisser le champ libre à l'inspecteur. Il n'y a qu'à appliquer la même méthode, *mutatis mutandis*, que pour la détermination du point de départ du délai accordé au maire. En cas de contestation, le déclarant pourra prouver par tous les moyens qu'il a remis toutes pièces requises à l'inspecteur à telle date, mais en cas de mauvaise volonté avérée (1) de l'inspecteur au moment de la déclaration, le plus simple sera de faire opérer la remise des pièces par le ministère d'huissier. Le Conseil supérieur consacre aujourd'hui cette façon de voir (2).

Les autres règles auxquelles sont soumises l'opposition de l'inspecteur et sa notification diffèrent peu de celles qui régissent l'opposition du maire. Nous n'en ferons qu'un bref rappel. Si l'opposition de l'inspecteur n'a pas été formée et notifiée au déclarant dans le délai d'un mois, elle est caduque (3). Il n'y a d'exception que pour la notification tardive due à un cas de force majeure (4). A plus forte raison, l'opposition est-elle caduque si elle n'a pas été notifiée du tout (5) et le déclarant peut ouvrir l'école au bout du mois (6). La notification de l'inspecteur doit : 1° être écrite (7) ; 2° être adressée au déclarant au domicile

(1) L'inspecteur d'Académie ne peut refuser un brevet de capacité sous prétexte que la signature est raturée, parce que cela n'est pas suffisant à soi seul pour constituer un commencement de preuve de fraude. (C. sup., 15 juillet 1904, Chandèze, III, 318).

(2) C. sup., 11 décembre 1903, X..., III, 315 ; 20 avril 1904, Claverie, III, 317 ; 24 décembre 1904, Noguès, III, 320, etc.

(3) C. sup., 15 juillet 1904, Chandèze, III, 318 ; 19 juillet 1906, Robiche, IV, 183.

(4) C. sup., 22 décembre 1904, Hounieu, III, 319 (retard de poste) ; 21 juillet 1903, Gasc, III, 330 (absence du déclarant qui n'avait pas laissé d'adresse).

(5) C. sup., 20 décembre 1904, Biot, III, 360 ; 17 décembre 1909, Giroulet, IV, 186.

(6) Nîmes, 28 avril 1883, Delbos, S. 1886, II, 105.

(7) Art. 161, décret 18 janvier 1887 ; C. sup., 8 juillet 1897, Gougeard, I, 171.

par lui indiqué (1) ; 3° être transmise au préfet avec le dossier dans le plus bref délai ; 4° être motivée (2) ; 5° les notifications destinées au préfet et au déclarant ne sont pas obligatoirement conçues en termes identiques, mais elles doivent contenir les mêmes motifs d'opposition (3). Il n'y a pas de motifs de trancher différemment pour l'inspecteur et pour le maire la question de savoir si le droit d'opposition peut être fractionné et exercé par actes successifs.

Section II. — Compétence du maire et de l'inspecteur d'Académie en matière d'opposition.

D'après une disposition restrictive de la loi, les motifs pour lesquels le maire et l'inspecteur peuvent faire opposition ont tous trait à l'hygiène et aux bonnes mœurs ; un seul cas fait exception et vise l'intérêt de l'ordre public.

Avant d'entrer dans le détail, quelques remarques préliminaires s'imposent. En premier lieu, quelle que soit la cause qui ait obligé l'instituteur à faire une déclaration d'ouverture d'école, le maire et l'inspecteur ont toujours la faculté de former opposition pour tous les motifs qui rentrent dans leur compétence. Si c'est le changement de directeur qui a nécessité la déclaration, l'opposition n'en pourra pas moins avoir lieu pour des motifs tenant au local ; à l'inverse, si la déclaration est survenue à la suite d'un changement de local ou dans le but de s'adjoindre un pensionnat, une opposition fondée sur la moralité du déclarant n'en sera pas moins valable. En d'autres termes, toutes les fois qu'il y a eu déclaration et que par conséquent opposition peut être formée, le maire et l'inspecteur jouissent, dans les limites de leur compétence respective, du droit absolu de faire opposition pour toutes les raisons admises par la loi. Cela résulte de la loi elle-même qui ne distingue pas, ainsi que d'une longue tradition (4) ; la jurisprudence du Conseil supérieur est dans ce sens (5).

(1) C. sup., 27 décembre 1906, Saleil, IV, 184.
(2) Art. 161 ; C. sup , 11 décembre 1902, Grison, II, 111.
(3) C. sup., 21 décembre 1900, Houdayer, II, 103.
(4) Voir Instruct. minist. 13 mai 1861, Gréard, *op. cit.*, t. III, p. 768.
(5) Voir ci-dessus le cas particulier du fractionnement de l'opposition.

Si ce droit absolu de faire opposition pour tous les motifs légaux est générateur d'abus condamnables au cas de fractionnement volontaire du droit d'opposition, il présente par contre de réels avantages à d'autres égards. Supposons, par exemple, une déclaration d'école pour cause de changement de directeur. Il peut se faire que des inconvénients aient échappé aux autorités lors de la première déclaration, ou que de nouveaux soient survenus depuis, tenant au local ou à ses voisinages. Par suite, il n'y aurait pas moyen d'en tenir compte, si l'opposition ne devait viser que la personne du nouveau directeur. Cela serait d'autant plus inadmissible que cela aboutirait, contrairement à la loi, à priver le maire de son droit d'opposition, puisque sa compétence est bornée à l'examen du local. La réciproque est également vraie : si le changement de local est la cause de la déclaration, il est juste d'admettre la recevabilité d'une opposition fondée sur la moralité du déclarant, car certaines tares de son passé ont pu être découvertes depuis la première déclaration, ou bien sa moralité a pu déchoir.

En second lieu, il importe de délimiter exactement les compétences respectives du maire et de l'inspecteur. Le maire ne peut faire opposition dans l'intérêt de l'hygiène et des bonnes mœurs que pour des motifs tenant au local scolaire. L'inspecteur peut en outre fonder son opposition sur des motifs tenant à la moralité du déclarant et dans l'intérêt de l'ordre public, lorsqu'il s'agit d'un instituteur public révoqué et voulant s'établir dans la commune où il exerçait (art. 38, § 3, loi 1886). Toute la compétence du maire lui est donc commune avec celle de l'inspecteur ; mais celle de l'inspecteur excède celle du maire en deux points que nous avons vus.

L'opposition de l'inspecteur dans l'intérêt de l'ordre public est expressément prévue dans la loi (art. 38, § 3). Quant à l'autre différence qui existe entre la compétence du maire et celle de l'inspecteur, elle a aussi sa base, quoique d'une façon plus voilée, dans le texte de la loi. L'article 37 s'exprime ainsi : « Si le maire juge que le local n'est pas convenable pour des raisons tirées de l'intérêt des bonnes mœurs ou de l'hygiène », il forme opposition : c'est nettement borner sa compétence à l'examen du local. En ce qui concerne l'inspecteur, l'expression employée par la loi est plus élastique :

d'après l'article 38, § 2, l'inspecteur peut « former opposition à l'ouverture d'une école privée dans l'intérêt des bonnes mœurs ou de l'hygiène » ; il n'est plus ici question du local ; or les bonnes mœurs peuvent être affectées, non seulement par le local, mais par la personne du déclarant, et c'est ce qui a permis au Conseil supérieur de valider les oppositions de l'inspecteur basées sur le degré de moralité du déclarant.

Ajoutons que la loi ne spécifie pas pour quels motifs le procureur de la République peut provoquer l'opposition de l'inspecteur d'académie. Il en faut conclure qu'il le peut pour tous les motifs rentrant dans la compétence de l'inspecteur d'académie

Cette superposition de compétence nous oblige, pour éviter des répétitions, à diviser ainsi notre étude : 1° motifs d'opposition communs au maire et à l'inspecteur ; 2° compétence spéciale de l'inspecteur ; 3° motifs étrangers à la compétence du maire et de l'inspecteur.

§ 1er. — *Motifs communs au maire et à l'inspecteur.*

Ces motifs tiennent tous au local qui présente soit en lui-même, soit dans ses voisinages, des dangers au point de vue de l'hygiène ou des bonnes mœurs.

La jurisprudence du Conseil supérieur à cet égard n'offre pas un grand intérêt doctrinal. Le seul principe, assez lâche, qui la domine, est le suivant : la convenance d'une école privée, au point de vue de l'hygiène ou des bonnes mœurs, est une question de fait dont le Conseil supérieur décide en dernier ressort, elle ne résulte pas de l'observation des prescriptions réglementaires relatives à l'installation des écoles publiques. Il n'en saurait être autrement en l'absence de textes y soumettant les écoles privées.

Cela confère un large pouvoir d'appréciation aux tribunaux universitaires chargés de juger l'opposition. Reconnaissons que jusqu'à présent les écoles privées n'ont pas à se plaindre du Conseil supérieur, étant donné qu'il se montre moins rigoureux vis-à-vis d'elles que ne l'est le règlement du 18 janvier 1887, par exemple, vis-à-vis des écoles publiques (1). Par contre, la conve-

(1) C. sup., 24 mars 1887, Bonnet, I, 178.; 16 janvier 1897, Herbin, I, 194 ; 4 décembre 1903, III, 209 ; 7 juillet 1910, Garret, IV, 157.

nance du local s'appréciant *in concreto*, il peut se trouver que l'opposition formée à l'ouverture d'une école privée dans l'ancien local de l'école publique soit confirmée si le local ne présente plus les garanties nécessaires (1).

Bien que la jurisprudence du Conseil supérieur dépende avant tout de l'examen des cas concrets qui lui sont présentés, elle en est arrivée, par le seul fait de sa persistance, à constituer sur bien des points un corps de prescriptions qui ont pour ainsi dire la valeur de dispositions réglementaires. Ainsi la nature des choses l'a amenée tout d'abord à distinguer entre les divers établissements soumis à l'opposition : il est rationnel, en effet, de doser la rigueur d'application du texte unique qui fonde l'opposition, suivant le caractère de l'école qu'il s'agit d'ouvrir. Le Conseil supérieur, par exemple, se montre plus sévère pour une école maternelle que pour une école primaire, parce que l'âge des enfants exige un surcroît de précautions (2). Il est plus coulant, au contraire, pour une raison inverse, lorsque l'école est destinée à des adultes, et il a même reconnu explicitement (3) qu'un local ne convenant pas à une école proprement dite, pouvait être accepté pour un cours d'adultes recevant un petit nombre d'élèves. Toujours en partant du même principe, le Conseil supérieur exige des pensionnats primaires des conditions supplémentaires en conformité avec la destination de ces établissements : infirmerie isolée, privés dans les dortoirs (4)... Voilà

(1) C. sup., 11 décembre 1902, Bray, III, 85 : dans cette espèce, l'administration scolaire avait depuis longtemps protesté contre le mauvais état de l'école publique; C. sup., 9 février 1914, Lemoule, *Bull. admin.*, I, 239, n° 1032 : le local avait été abandonné par l'école publique à cause de son insalubrité.

(2) L'absence de préaux, ni leur exiguïté ne sont à eux seuls un motif d'opposition (C. sup., 18 juillet 1906, Discours, IV, 150), sauf s'il s'agit d'une école maternelle (C. sup., 27 décembre 1903, Etienne, III, 207 ; 16 décembre 1909, Lebreton, IV, 151). Strictement, une cour de récréation n'est nécessaire qu'à une école maternelle (C. sup., 20 juillet 1909, Pradat, IV, 134).

(3) C. sup., 21 juillet 1888, Drouin, I, 182.

(4) Infirmerie (C. sup., 21 décembre 1907, Durand, IV, 165); privés dans les dortoirs (arrêt précédent). On remarquera que, eu égard aux pensionnats, une bonne partie de la jurisprudence dérive de l'article 178 (Décret 18 janvier 1887) ainsi conçu : « Les dortoirs doivent être spacieux, aérés et dans des dimensions qui soient en rapport avec le nombre des pensionnaires. Ils doivent contenir au moins 15 mètres cubes d'air par élève. Ils doivent être éclairés et surveillés pendant la nuit. Une pièce spéciale doit être affectée au réfectoire. »

donc une distinction jurisprudentielle qui, grâce à la continuité de vue du Conseil supérieur, a quasi acquis la stabilité d'une distinction réglementaire.

Ce n'est pas tout. A force de donner des solutions d'espèces identiques pour des cas analogues, le Conseil supérieur s'est trouvé avoir créé des règles jurisprudentielles, une sorte de droit prétorien, qui s'imposent en fait aux écoles privées comme si un décret réglementaire les avait établis. Il en est ainsi de la jurisprudence du Conseil supérieur sur la nécessité pour les écoles privées d'avoir de l'eau. Le Conseil supérieur avait d'abord estimé que le motif d'opposition tiré du manque d'eau ne saurait être admis que par une interprétation abusive de la loi (1). Puis, se fondant sur les progrès de la science pour expliquer le revirement de sa jurisprudence, il en vint à exiger la présence d'une eau suffisamment saine et abondante, sauf dans les cas d'impossibilité reconnue (2). Depuis lors, la jurisprudence du Conseil supérieur n'a pas varié (3), quoique des dérogations au principe soient parfois admises par le Conseil supérieur quand les circonstances les justifient (4).

Nous pourrions encore citer la jurisprudence du Conseil supérieur sur les privés. L'absence de privés est un motif valable d'opposition (5), de même que leur installation défectueuse (6). D'une façon générale, les cabinets doivent être en rapport avec le nombre des élèves, réservés exclusivement à l'école, susceptibles d'être surveillés de la cour de récréation et de la salle de classe (7), être pourvus d'une ventilation suffisante ; la fosse doit offrir toutes les garanties réclamées par l'hygiène (8).

(1) C. sup., 27 décembre 1888, Desclos, I, 209.

(2) C. sup., 25 juillet 1903, Desgranges, III, 177.

(3) C sup., 14 février 1914, Ranchon, *Bull. administ.*, I, 239, n° 1044 ; 30 juin 1915, Dupont, *Bull. administ.*, II, 75, n° 1061.

(4) Voir Schmit, IV, p. 46 et suiv., ainsi que *Bulletin de la législ. scolaire*, octobre 1914, article de M. Gobron sur l'alimentation en eaux potables des écoles publiques et privées Le Conseil supérieur demande notamment un état comparatif de la situation à cet égard des autres écoles de la localité.

(5) C. sup., 19 juillet 1906, Mariotti, IV, 193.

(6) C. sup., 24 février 1913, Constant, *Bull. administ.*, I, 256, n° 1009 ; 1er juillet 1915, Peytavit, *Bull. administ.*, II, 75, n° 1060.

(7) Voir cependant C. sup., 1er juillet 1914, Maurin, *Bull. administ.*, II, p. 148.

(8) Cf. exigences du Conseil supérieur eu égard à l'indépendance du local scolaire (C. sup., 21 décembre 1907, Keiflin, IV, 125), aux moyens de chauffage de l'école (C. sup., 29 janvier 1912, Quiné, *Bull. administ.*, I, 211, n° 976), etc.

Il ne faut d'ailleurs pas oublier que malgré tout, ces prescriptions restent jurisprudentielles ; ce n'est qu'à la continuité de la jurisprudence, qui peut cesser d'un moment à l'autre, qu'elles doivent une stabilité presque réglementaire. D'autre part, quel que soit l'intérêt de ces tentatives de réglementation, elles sont l'exception et, dans la majorité des cas, le bien fondé d'une opposition est une question d'espèce. Qu'il vise le voisinage de l'école ou l'école elle-même, l'hygiène ou les bonnes mœurs, un motif d'opposition peut être retenu dans un cas et rejeté dans l'autre : cela dépend des circonstances. Ainsi le voisinage d'un cimetière n'est pas en soi un motif d'opposition ; mais il faut tenir compte de la situation des terrains, des émanations, des infiltrations, de la pollution des eaux (1). Pareillement, c'est une question de fait de savoir quand le voisinage d'une auberge constitue un danger pour l'école voisine (2). Le Conseil supérieur décide qu'une cour de récréation n'est pas absolument nécessaire si la récréation peut avoir lieu ailleurs, sans danger pour les élèves (3) Mais la cour doit réunir des conditions de sécurité et d'étendue variables suivant les espèces (4). Elle doit de plus être à l'usage exclusif de l'école (5), etc. Nous ne saurions énumérer ici tous les cas d'un grand intérêt pratique, mais dépourvus d'importance doctrinale (6).

L'absence de normes immuables, l'inapplicabilité aux écoles privées des règlements relatifs aux écoles publiques (p. ex. de l'instruction du 28 juillet 1882), font que l'arbitraire des opposants est très facile : que ne peut-on pas prétexter pour s'opposer à l'ouverture d'une école dans l'intérêt de l'hygiène ou des bonnes mœurs? Le maire de Châteaurenard (Loiret) n'invoquait-il pas, par exemple, à l'appui de son opposition, la proxi-

(1) C. sup., 22 juillet 1903, Dumont, III, 131 ; 22 juillet 1903, Maugras, III, 152 ; 16 mars 1911, Chauvel, IV, 118 ; 10 juillet 1913, Fuzier, *Bull. administ.*, I, 120, n° 1024.

(2) C. sup., 18 mars 1911, Jehan, IV, 112.

(3) C. sup., 26 décembre 1906, Chazalon, IV, 131.

(4) Voir Schmit, *op. cit.*, t. IV, p. 45.

(5) C. sup., 16 mars 1911, Jean, IV, 136.

(6) Voir énumération au début des quatre tomes de Schmit, *op. cit.*, et dans la brochure : « Des causes d'opposition à l'ouverture des écoles privées » (1905, par MM. Bonnet et Griveau), p. 12 et suiv.

mité d'un pressoir à huile et d'un marché aux volailles? Le Conseil supérieur admit que ces conditions d'installation étaient défavorables (1), mais l'arrêtiste ajoute gravement qu'elles « ne présentent pas, au point de vue de l'hygiène, les inconvénients capables de justifier le maintien de l'opposition (2) ». A en croire les opposants, il n'est pas de voisinages pour une école qui soient à l'abri de tout reproche : l'isolement de toutes habitations serait donc la condition préférable pour l'installation d'une école, et encore il se rencontrerait bien dans ce cas quelque opposant grincheux pour trouver que la ventilation est excessive aux abords de l'école (3).

Ces abus de l'opposition sont malheureusement presque inévitables, car la loi ne peut prévoir expressément tous les cas ; une grande liberté d'appréciation est donc, par la force même des choses, laissée aux opposants, et c'est la mentalité de plusieurs d'entre eux qui serait à changer plutôt que la loi. Ce défaut du système est d'ailleurs compensé par un avantage inverse, à savoir le pouvoir discrétionnaire des juges de l'opposition : ceux-ci, n'étant bridés par aucune disposition restrictive de la loi, ont toute latitude d'adapter leurs décisions à la diversité infinie des cas qui leur sont soumis : le Conseil supérieur, notamment, use de ce pouvoir avec un grand sens de l'équité, cherchant à concilier le respect de l'hygiène et des bonnes mœurs avec le souci de la liberté de l'enseignement.

§ 2. — *Compétence spéciale de l'inspecteur d'Académie.*

Aux termes de l'article 38, § 3 (loi de 1886), l'inspecteur d'académie peut, dans l'intérêt de l'ordre public, faire opposition à l'ouverture d'une école privée, lorsqu'il s'agit d'un instituteur public révoqué, voulant s'établir comme instituteur privé dans la commune où il exerçait. C'est là une simple faculté pour l'inspecteur, qui n'est pas obligé de former opposition toutes les fois que le cas se présente, mais seulement lorsqu'il juge qu'il

(1) En ville, la proximité d'une rue fréquentée où passent des tramways ne l'est-elle pas autant ?

(2) C. sup., 21 juillet 1903, Lebelleguy, III, 129.

(3) C. sup., 12 février 1914, Merle, *Bull. administ.*, I, p. 239, n° 1040.

y a danger pour l'ordre public. D'ailleurs, comme dans toute opposition, son opinion peut être contredite par le Conseil départemental ou par le Conseil supérieur. Cette opposition, dans l'intérêt de l'ordre public, vaut donc beaucoup mieux par sa souplesse que l'incapacité partielle de la loi de 1850 (1) établie à l'encontre de l'instituteur révoqué.

Pour qu'il y ait matière à opposition dans l'intérêt de l'ordre public, il faut, en premier lieu, que le déclarant soit un instituteur public révoqué. S'il s'agissait d'un instituteur public ayant librement quitté l'enseignement public, l'opposition, dans l'intérêt de l'ordre public, ne serait pas valable (2). S'il s'agissait non pas d'un instituteur public régulièrement nommé, mais d'un individu ayant simplement eu possession d'état d'instituteur public, nous croyons aussi, vu le caractère de droit strict de tous les textes relatifs à notre sujet, que l'opposition serait illégale, bien que le Conseil supérieur ait jugé le contraire (3).

En second lieu, les motifs de cette opposition doivent être spéciaux à l'installation de l'ancien instituteur public comme instituteur privé dans la commune où il exerçait. Par là, cette opposition se distingue donc de celle formée dans l'intérêt des bonnes mœurs ; si cette opposition visait en effet la moralité de l'instituteur, sa valeur serait universelle et non pas limitée à une commune. L'ordre public est donc seul en jeu ici, et le législateur a voulu sans doute éviter les désordres ou le scandale que pourrait causer, dans certains cas, le passage de l'instituteur public dans le camp de l'enseignement privé.

Il faut reconnaître cependant que le Conseil supérieur, dans les arrêts rendus sur ce point (4), confond l'opposition dans l'intérêt de l'ordre public et celle dans l'intérêt des bonnes mœurs. Dans l'affaire Juge, par exemple, il s'agissait d'une

(1) Voir historique.

(2) C. sup., 12 janvier 1900, Busine, II, 109.

(3) C. sup., 29 décembre 1890, Guimard, I, 224. Voici le considérant de cet arrêt : « Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que le sieur Guimard s'est toujours comporté comme instituteur public dans la commune de Marsac, qu'il y a eu pour lui possession d'état, qu'il ne s'est produit aucun fait de nature à en détruire les effets. » En fait, jamais le sieur Guimard n'avait été nommé instituteur public, quoique en faisant fonction. (*Bull. Soc. gén. d'éduc.*, 1891, p. 127).

(4) Affaire Guimard, citée ; C. sup., 22 juillet 1899, Juge, II, 108.

ancienne institutrice publique révoquée pour refus d'obéir à la loi et à ses chefs, et qui, en outre, avait détourné ses anciennes élèves de leurs obligations scolaires. Il n'y avait rien là qui motivât une opposition dans l'intérêt de l'ordre public ; ces faits auraient pu, en effet, être invoqués contre Mlle Juge même, si elle avait fait une déclaration d'ouverture d'école dans une commune autre que celle où elle avait été institutrice publique. Pourtant, l'inspecteur invoqua l'intérêt de l'ordre public et le Conseil supérieur confirma son opposition dans les mêmes termes inexacts.

On a contesté l'utilité de cette opposition dans l'intérêt de l'ordre public, en se fondant sur l'arbitraire de certaines révocations et sur ce que l'administration possédait d'autres moyens pour écarter les instituteurs indignes (1). Sans méconnaître ce qu'il y a de juste dans ces remarques, nous croyons que cette critique porte à faux ; en effet, les motifs de la révocation intéressent surtout la moralité de l'instituteur, et, du reste, leur bien fondé peut se discuter en tant que fondements d'une opposition. Un autre danger de cette opposition, c'est qu'elle serve non à protéger l'ordre public, mais à empêcher la concurrence que pourrait faire à l'école publique d'une commune l'école privée, qui aurait à sa tête l'ancien instituteur communal ; mais ce danger n'est pas plus grand que celui qui résulte de l'élasticité des termes employés par la loi, lorsqu'elle parle de l'opposition dans l'intérêt des bonnes mœurs et de l'hygiène ; c'est au déclarant et à son défenseur de faire respecter leur droit devant les conseils universitaires.

* * *

A côté de cette opposition dans l'intérêt de l'ordre public, l'inspecteur a encore en propre le droit de former opposition dans l'intérêt des bonnes mœurs, eu égard à la personne du déclarant. Les faits qui motivent cette opposition sont de deux sortes : les uns entachent la moralité privée du déclarant, les autres sa moralité professionnelle.

Les premiers sont naturellement pris en considération, lorsqu'il s'agit de vérifier si la personne du déclarant offre les garanties de

(1) Rivet, *La législation de l'enseignement primaire libre*, p. 127.

moralité moyenne exigibles de tout individu chargé d'une tâche délicate. Que la vie du déclarant soit exempte de faits honteux comme le vol, d'habitudes dégradantes comme l'ivrognerie ou la débauche, que même sa réputation soit pure, il n'y a rien là que de juste et de respectueux des intérêts véritables des enfants et de l'école privée elle-même. Le Conseil supérieur ne sort donc ni de la légalité, ni de l'équité, en confirmant des oppositions basées sur l'immoralité du déclarant (1).

Faut-il aller plus loin et exiger des instituteurs privés un degré de moralité plus élevé, comme celui que l'Etat demande de ses fonctionnaires? Faut-il admettre qu'une opposition puisse être valablement motivée par des faits qui n'entachent pas la moralité privée du déclarant, mais seulement sa moralité professionnelle, comme des infractions aux lois scolaires et à la discipline universitaire? Tout dépend de la conception que l'on se fait du statut de l'instituteur privé. S'il est un individu exerçant une profession libre, il n'y a pas de raison de l'astreindre à cette moralité que, faute de meilleure dénomination, nous appelons professionnelle : cela ne regarde pas la puissance publique. Si, au contraire, on le considère comme dépendant plus ou moins du service public de l'enseignement, la réponse est inverse. Or, quelque opinion particulière que l'on ait sur l'ingérence de l'Etat dans le domaine de l'enseignement privé, à bien des égards il nous semble que l'enseignement privé n'est pas pleinement libre, qu'il est dans une situation intermédiaire entre le service public et la liberté, qu'il est comme une partie très décentralisée de l'instruction publique, et qu'il subsiste dans son statut des vestiges caractéristiques de l'ancien monopole universitaire ; par exemple, le contrôle disciplinaire exercé sur le corps professoral privé, et la compétence non pas des tribunaux civils, mais des conseils universitaires. Etant donnée cette conception législative de l'enseignement privé, que nous n'avons pas ici à discuter, il était logique de la part du Conseil supérieur de s'assurer que le déclarant possédait un minimum de moralité professionnelle.

Comment le Conseil supérieur conçoit-il ce minimum? En

(1) C. sup., 23 décembre 1904, T..., III, 304; 11 juillet 1912, François, *Bull. administ.*, II, p. 57, n° 993.

considérant comme indigne d'exercer la profession d'instituteur privé tout individu qui s'est rendu coupable d'actes dénotant chez lui la volonté arrêtée de faire échec aux lois sur l'instruction publique. Pour se faire une idée précise de la doctrine du Conseil supérieur, il importe, à l'aide de sa jurisprudence, d'analyser les éléments dont se compose l'indignité du déclarant au point de vue professionnel. Ces éléments sont au nombre de deux : un élément matériel et un élément intentionnel.

L'élément matériel consiste dans un acte réalisé. Il ne suffirait pas de la simple crainte que le déclarant enfreigne à l'avenir ses obligations pour motiver une opposition, car ce serait donner carte blanche à l'arbitraire de l'inspecteur (1). Il faut donc de toute nécessité que l'acte invoqué soit déjà accompli. En second lieu, cet acte doit faire échec aux lois sur l'enseignement ou à la discipline universitaire ; ainsi, dans certains cas, une condamnation pour ouverture illicite d'école (art. 40, loi de 1886) motivera valablement une opposition dans l'intérêt des bonnes mœurs (2). Les faits de ce genre, qui se sont le plus souvent rencontrés dans la pratique, consistent dans la tenue d'une garderie (3). Sans doute, une garderie n'est pas un établissement scolaire et n'est soumis à aucune prescription légale ; cependant, le fait d'ouvrir et de tenir une garderie avant l'ouverture de l'école projetée, dans le but de réunir les enfants destinés à être les élèves de la future école, est considéré comme illégal. Le Conseil supérieur raisonne de la façon suivante : ou bien on donne l'instruction dans ces établissements, et il y a ouverture d'école sans déclaration (4), ou bien on se borne à réunir les enfants en les occupant à des travaux manuels, par exemple, mais alors en les empêchant de suivre les cours réguliers d'une école primaire, on fait obstacle à la loi du 28 mars 1882, sur

(1) C. sup., 21 juillet 1905, Médard, III, 305.

(2) C. sup., 16 décembre 1908, Troncy, IV, 119 ; par *a contrario*, 20 décembre 1905, Masson, III, 306.

(3) Le Conseil supérieur a admis une opposition motivée par la condamnation de la déclarante pour avoir confié, malgré les avertissements de l'inspecteur, une classe distincte à une maîtresse non brevetée ; la déclarante avait en outre essayé de suborner ses élèves appelés en témoignage et subi plusieurs fois la peine de la censure. (C. sup , 30 janvier 1912, Ricard, *Bull. administ* , I, 209, n° 974).

(4) C. sup., 21 avril 1904, Laclotre, III, 298.

l'obligation scolaire ; dans les deux cas, il y a fraude à la loi et fait susceptible de dénoter chez le déclarant le manque de probité professionnelle. Telle est la jurisprudence constante du Conseil supérieur (1). En troisième lieu, cet acte illégal doit avoir pour auteur le déclarant ou, tout au moins, ce dernier doit avoir participé à son accomplissement, sans quoi on ne saurait l'en rendre responsable en maintenant l'opposition. Si nous reprenons le cas d'ouverture de garderie, l'opposition ne saurait être maintenue si le déclarant n'a en aucune façon participé à sa création ni à son fonctionnement (2).

A cet élément matériel, consistant en un acte illégal ayant pour auteur, co-auteur ou complice, le déclarant, doit s'ajouter un élément intentionnel, pour que l'indignité du déclarant soit établie. Cet élément réside dans l'intention formelle et persistante de violer la loi, révélée par l'acte (3). Si l'auteur de l'acte illégal a agi par ignorance, ou à la suite d'un ensemble de circonstances d'où il résulte que sa responsabilité est très atténuée, sa moralité professionnelle reste intacte et, malgré l'existence de l'acte illégal, l'opposition fondée sur lui n'est pas maintenue, parce que, s'il y a eu écart dans la conduite, il n'y a pas indignité faute d'intention (4). Les espèces citées, qui ont trait aux garderies, remontent au début de la jurisprudence du Conseil supérieur en cette matière ; maintenant que la doctrine du Conseil supérieur est bien ferme et connue, les excuses semblent être de moins en moins admises par le haut tribunal universitaire en matière de garderie (C. sup., affaire Aubin cit.). En outre, le ferme propos de violer la loi doit être contemporain de l'opposition, car c'est à ce moment qu'il faut se placer pour apprécier ses motifs. S'il s'agit dès lors d'un fait ancien et isolé, qui n'indique pas chez le déclarant la volonté persistante de faire fraude à la loi, ce fait n'est pas un motif suffisant d'opposition, puisqu'il

(1) C sup., 21 décembre 1900, Houdayer, II, 103 ; 28 juin 1907, Aubin, IV, 176. Cette jurisprudence est critiquable si la garderie ouverte ne se double pas d'une école occulte ; en effet, la tenue d'une garderie est libre.

(2) C sup., 21 avril 1904, Mangin, III, 299 ; 28 juin 1907, Gateau, IV, 175 ; 20 décembre 1907, Bideau, IV, 179, etc.

(3) C. sup., 23 mai 1902, Cladière, II, 116.

(4) C. sup., 22 juillet 1899, Beucher, II, 101 ; 21 juillet 1900, Chassagny, II, 102.

n'en ressort nullement qu'au moment de l'opposition le déclarant était dans la disposition de violer intentionnellement la loi (1). Le Conseil supérieur a toute latitude pour apprécier cet élément intentionnel (2) : c'est ainsi, par exemple, qu'il a admis que, malgré la condamnation correctionnelle de la déclarante, il ressortait des attendus du jugement que la moralité professionnelle de celle-ci n'était pas atteinte (3) ; à l'inverse, la réhabilitation d'une incapacité légale n'empêche pas le Conseil supérieur d'examiner si le déclarant offre toutes les garanties de moralité ; la réhabilitation n'entraîne pas *ipso facto* l'impossibilité d'une opposition fondée sur la moralité du déclarant (4).

§ 3. — ***Motifs étrangers à la compétence du maire et de l'inspecteur.***

De ce que le droit d'opposition est exorbitant du droit commun, il s'ensuit que tout motif, si grave soit-il, étranger à la compétence du maire et de l'inspecteur, ne saurait valablement fonder une opposition ; si elle est uniquement basée sur des motifs de cet ordre, elle est annulable (5) ; si elle est basée partie sur des motifs rentrant dans la compétence de son auteur, partie sur d'autres, la présence de ces derniers ne vicie pas l'opposition ; il en est seulement fait abstraction et l'examen du fond se borne aux premiers (6).

Sans la fermeté du Conseil supérieur, qui s'attache à maintenir strictement les opposants dans les limites de leur compétence, l'opposition serait vite devenue une arme bonne dans tous les cas contre les écoles privées. Dans cet ordre d'idées, les opposants ont parfois la franchise de leurs sentiments comme ce maire de

(1) C. sup., 10 juillet 1912, Ovise, *Bull. administ.*, II, 58, n° 994.

(2) C. sup., 15 juillet 1904, Willem, III, 311 ; 9 février 1914, Dubreuil, *Bull. admin.*, I, 239, n° 1033 ; 13 février 1914, Merle, *op. cit.*, n° 1041 ; 24 février 1913, Civier, *Bull. administ.*, I, 264, n° 1019 ; 30 juin 1916, Berthélemy, *Bull. administ.*, II, 86, n° 1068.

(3) C. sup., 1er juillet 1915, Mlle Peytavit, *Bull. administ.*, II, 75, n° 1060.

(4) C. sup., 24 mars 1887, Chou, I, 246 ; cf. sur l'indépendance de l'action pénale et de l'action disciplinaire : C. sup , 18 juillet 1905, J..., III, 457, et C. d'Et., 6 juillet 1917, Temple, Dalloz, 1917, Chronique, p. 36.

(5) Les arrêts du Conseil supérieur sont nombreux, mais la plupart du temps peu intéressants à citer, car ils se bornent souvent à mentionner que l'opposition a lieu pour des motifs étrangers à la compétence de son auteur, sans spécifier lesquels.

(6) C. sup., 9 décembre 1902, Lévêque, II, 89 ; 27 décembre 1906, Noyer, IV, 160.

Lormes (Nièvre) qui invoquait entre autres motifs à l'appui de son opposition les sentiments politiques du déclarant : attendu que « le projet d'installation d'une école maternelle congréganiste n'a été conçu que dans un but d'hostilité contre la municipalité républicaine... » (1). D'autres ironisent ; tel ce maire d'Escurolle (Allier) dont un des motifs d'opposition est le suivant : « 3° comme il est probable que, dans un avenir plus ou moins lointain, l'enseignement congréganiste remplacera l'enseignement laïc, le local est tout à fait insuffisant » pour contenir soixante élèves (2).

Ces infractions aux règles de la compétence, où l'on saisit sur le vif la mentalité de certains opposants, sont tellement évidentes qu'elles ne soulèvent aucune difficulté. Il en est d'autres moins patentes et qui n'en sont pas moins des causes de nullités ; telles sont les oppositions motivées (3) :

1° Par des considérations de la compétence exclusive de l'inspecteur d'académie, lorsque le maire est l'auteur de l'opposition, par exemple lorsque le maire invoque des faits relatifs à la moralité du déclarant (4).

2° Par une des incapacités prévues à l'article 5 de la loi du 30 octobre 1886. Cet article déclare incapables de tenir école ceux qui ont subi une condamnation judiciaire pour crime ou délit contraire à la probité ou aux mœurs, ceux qui ont été privés par jugement de tout ou partie des droits mentionnés par l'article 42 du Code pénal, et ceux qui ont été frappés de l'interdiction absolue d'enseigner. Si ces personnes font une déclaration d'ouverture d'école, on doit la refuser et s'ils passent outre, ils sont passibles de poursuites correctionnelles en vertu de l'article 40 (loi 1886) pour ouverture illicite d'école. Les hypothèses prévues par ledit article 5 ne donnent donc pas lieu à une procédure d'opposition. Le Conseil supérieur fit application de ce principe

(1) Affaire Rescanières, dans *Bull. Soc. gén. d'éduc.*, 1887, p. 623.

(2) Affaire Fourgères, dans *Bull. Soc. gén. d'éduc.*, 1897, p. 601.

(3) Cette énumération n'a aucun caractère limitatif. Il convient d'y ajouter des oppositions qui ne sont pas nulles, parce que leurs motifs excèdent la compétence des opposants, mais parce qu'elles sont contraires à l'autorité de la chose jugée. Sont nulles les oppositions fondées sur des motifs déjà invoqués lors d'une précédente déclaration et dont l'inconsistance a déjà été reconnue (v. arrêts cités p. 85, note 1).

(4) C. sup., 20 juillet 1903, Bellefaye, III, 230.

dans le cas suivant : Mlle Parent ayant fait une déclaration à l'effet d'ouvrir une école à Allouville (Somme), l'inspecteur prit prétexte pour faire opposition de ce que la postulante, déclarée en faillite et, par suite, privée de ses droits de vote et d'éligibilité, se trouvait frappée de l'incapacité prévue par l'article 5 (loi 1886) ; le Conseil supérieur reconnut explicitement que l'opposition était inapplicable dans les espèces de ce genre (1).

3° Par une infraction aux lois des 1er juillet 1901 et 7 juillet 1904, interdisant aux congréganistes la profession de l'enseignement, si aucune condamnation judiciaire n'est intervenue, parce qu'aux termes de ces lois, ces infractions sont de la compétence du tribunal correctionnel. Le Conseil supérieur a eu maintes fois à trancher la question, notamment à propos des sécularisations simulées et des personnes interposées par l'intermédiaire desquelles les congrégations continuaient en fait à donner l'enseignement ; il a toujours reconnu que cette matière était de la compétence exclusive des tribunaux correctionnels. C'est ainsi par exemple qu'après s'être fait relever de ses vœux pour pouvoir rester à la tête de son école maternelle, Mlle Gayet fit une déclaration d'ouverture d'école à laquelle l'inspecteur d'académie fit opposition sous prétexte que la sécularisation de la déclarante n'était pas sincère et constituait un moyen frauduleux de tourner la loi du 1er juillet 1901 ; le Conseil supérieur se refusa à examiner ce prétendu délit et leva l'opposition (2). Par contre, si le tribunal correctionnel a déjà prononcé une condamnation, l'inspecteur pourra faire opposition dans l'intérêt des bonnes mœurs, mais l'opposition ne sera pas forcément maintenue, la moralité du déclarant pouvant ne pas être atteinte par la condamnation (3).

4° Par une infraction aux articles 37, 38 et 39 de la loi de 1886 (délit d'ouverture illicite d'école réprimé par art. 40 loi 1886),

(1) C. sup., 22 juillet 1908, Parent, IV, 160. Sur le fond, le Conseil supérieur jugea que la perte des droits mentionnés devait avoir été expressément prévue par la condamnation, et non pas seulement, comme c'était le cas, être la conséquence du jugement (en l'espèce de l'état de faillite).

(2) C. sup., 21 juillet 1903, Gayet, III, 308 ; voir 24 juillet 1903, Perrin, III, 309, etc.

(3) C. sup., 16 juillet 1904, Maire, III, 312 Voir *supra* nos développements sur la moralité professionnelle.

alors qu'aucune condamnation correctionnelle n'est intervenue autorisant dans les limites ci-dessus indiquées une opposition dans l'intérêt des bonnes mœurs, parce que le tribunal correctionnel a seul compétence pour connaître de ces délits ; à plus forte raison, l'ouverture irrégulière de l'école postérieurement à l'opposition ne saurait motiver le maintien de cette opposition formée pour des causes tenant à l'hygiène ou aux bonnes mœurs (1). Cependant dans une affaire postérieure (2), le Conseil supérieur a semblé admettre une solution inverse : la possibilité de motiver une opposition par le seul fait de l'ouverture irrégulière de l'école indépendamment de toute condamnation correctionnelle, et même la possibilité de maintenir pour ce seul motif une opposition fondée sur d'autres considérations inconsistantes. Cette théorie se heurte au principe de la compétence exclusive des tribunaux correctionnels en matière d'infractions à l'article 40 (loi 1886) : ce n'est que la condamnation une fois prononcée qu'il appartient aux autorités académiques d'examiner si elle rejaillit sur la moralité du déclarant. D'autre part, l'opposition est un tout auquel rien ne saurait être ajouté lorsque les délais sont écoulés : il est par conséquent impossible de la maintenir, à cause d'un fait postérieur que l'opposant n'a pu invoquer en temps voulu. L'étrangeté de l'arrêt Provost (cit.) nous fait penser qu'il ne s'agit pas là d'un revirement dans la jurisprudence, mais d'un arrêt d'espèce isolé.

5° Par l'irrégularité de la déclaration d'ouverture d'école (3) ou par le fait que le déclarant ne possède pas le brevet de capacité (4) : dans ces cas, la déclaration doit être refusée et l'école ne peut alors être ouverte qu'irrégulièrement.

6° Par le litige auquel donne ou peut donner lieu la jouissance ou la propriété du local scolaire désigné (5), pour une double

(1) C. sup., 27 décembre 1906, Noyer, IV, 160.

(2) C. sup., 22 juillet 1908, Provost, IV, 195.

(3) C. sup., 26 décembre 1891, Colmont, I, 159 ; 14 janvier 1897, Aubin, I, 212 ; 23 juillet 1902, Rouquier, III, 232.

(4) C. sup., 22 juillet 1889, Dupont, I, 250.

(5) Une école privée ne peut être installée dans le local affecté à l'école publique ; la déclaration ne peut donc indiquer ce dernier comme local scolaire ; il n'y a pas là motif d'opposition, mais la déclaration doit être refusée (C. sup., 27 décembre 1888, Lanoé, I, 200) : on peut, en effet, la considérer comme incomplète, faute d'indica-

raison : parce que cette question n'intéresse ni l'hygiène ni les bonnes mœurs et reste par conséquent en dehors de l'appréciation des maires et inspecteurs et parce que les questions de propriété et de jouissance sont de la compétence exclusive des tribunaux civils (1). Bien entendu, la mainlevée de l'opposition par le Conseil départemental ou par le Conseil supérieur ne préjuge en rien les questions de propriété et de jouissance : celles-ci sont réservées et indépendantes de la validité de l'opposition (arr. cit.).

Ne pourrait-on cependant concevoir la validité d'oppositions fondées sur l'intérêt qu'il y aurait à prévenir des désordres graves et imminents causés par les contestations auxquelles donne lieu la propriété ou la jouissance du local scolaire? Il est certain tout d'abord que ce motif n'est pas celui que la loi admet dans l'intérêt de l'ordre public. A la rigueur, on peut soutenir que les bonnes mœurs sont intéressées au maintien de l'ordre. Dans l'affaire Warnet citée, le Conseil supérieur a semblé admettre l'affirmative; il s'agissait d'une opposition de l'inspecteur d'académie motivée par ce fait que la propriété du local scolaire était contestée entre la commune et la déclarante; conformément à sa doctrine, le Conseil supérieur leva l'opposition, mais dans un considérant de l'arrêt, il laissait entrevoir l'hypothèse où il en aurait été autrement :

« Considérant que cependant une protestation de la commune et une action intentée par elle en revendication de l'immeuble en litige auraient pu justifier l'opposition à l'ouverture de l'école jusqu'à ce que les tribunaux eussent statué et *afin de prévenir des désordres graves.* »

Laissons de côté le point de savoir si, en parlant d'une opposition avec terme extinctif, le Conseil supérieur n'a pas trahi sa pensée; l'idée essentielle que nous relevons est la possibilité admise d'une opposition dans le but d'éviter des désordres graves. Cependant, plus tard, le Conseil supérieur a annulé une opposition d'un maire formée à raison des troubles qui pourraient

tion d'un local. Le défaut de bail du déclarant n'est pas non plus un motif d'opposition, car c'est une considération étrangère à l'hygiène et aux bonnes mœurs (C. sup., 16 décembre 1909, Borderieux, IV, 172).

(1) C. sup, 29 juillet 1887, Warnet, I, 199; 22 juillet 1895, Boyenval, I, 204; 21 juillet 1903, Prouillac, III, 222.

naître de contestations qui menacent de s'élever sur la question de la propriété du local scolaire (1) ; il est vrai que le maire invoquait l'intérêt non des bonnes mœurs mais de l'ordre public. Il y a donc trop peu de jurisprudence pour dégager la pensée du Conseil supérieur. Nous croyons qu'en tous cas, l'opposition ne serait maintenue que s'il s'agissait de troubles graves et imminents ; la simple crainte de troubles qu'aucun indice ne ferait prévoir serait insuffisante.

Section III. — Nature et effets de l'opposition.

L'opposition est une mesure provisoire en vertu de laquelle le maire ou l'inspecteur d'académie, pour des motifs tirés de l'hygiène, des bonnes mœurs ou de l'ordre public, fait défense d'ouvrir une école dont la création leur a été déclarée, jusqu'à ce qu'il ait été statué, dans le délai d'un mois, par le Conseil départemental de l'instruction primaire sur le bien fondé de l'acte d'opposition.

Le premier caractère de l'opposition est d'être une décision administrative, incapable d'être affectée d'un terme ou d'une condition. L'auteur de l'opposition ne peut subordonner le maintien de sa décision à l'accomplissement de certains travaux, ni spécifier qu'elle ne sera exécutoire que pendant un certain temps. Cela n'est pas dit expressément dans la loi, mais cela résulte des termes catégoriques employés par elle (art. 37 et 38) ; certains arrêts du Conseil supérieur impliquent du reste cette interprétation (2).

En second lieu, l'opposition a un caractère provisoire. Nous avons vu dans notre Introduction pourquoi le législateur en avait ainsi décidé. Le caractère provisoire de l'opposition entraîne une double conséquence. Au point de vue de la validité de l'opposition, celle-ci ne se suffit pas à elle-même ; elle a besoin, pour subsister, d'être maintenue dans le délai d'un mois par le Conseil départemental ; si elle n'est pas jugée à temps, *ipso facto* elle devient caduque et n'a plus aucune existence juridique. Au point

(1) C. sup., 17 janvier 1896, Bezacier, I, 205.
(2) Voir : Compétence du Conseil départemental (chap. suivant).

de vue de son exécution, l'opposition doit être obéie par provision pendant un mois ; si, malgré cela, le déclarant ouvre son école, il tombe sous le coup de l'article 40 (loi 1886) :

« Quiconque aura ouvert ou dirigé une école sans remplir les conditions prescrites par les articles 4, 7 et 8 ou sans avoir fait les déclarations exigées par les articles 37 et 38, ou avant l'expiration du délai spécifié à l'article 38, dernier paragraphe, ou enfin en contravention avec les prescriptions de l'article 36, sera poursuivi devant le tribunal correctionnel du lieu du délit et condamné à une amende de 100 à 1,000 francs.

» L'école sera fermée.

» En cas de récidive, le délinquant sera condamné à un emprisonnement de six jours à un mois et à une amende de 500 à 2,000 francs.

» Les mêmes peines seront prononcées contre celui qui, dans le cas d'opposition formée à l'ouverture de son école, l'aura ouverte avant qu'il ait été statué sur cette opposition ou malgré la décision du Conseil départemental qui aura accueilli l'opposition ou avant la décision d'appel.

» L'article 463 du Code pénal pourra être appliqué. »

Parmi les nombreux cas qui tombent sous le coup de cet article (1), trois nous touchent plus particulièrement : 1° ouverture de l'école avant qu'il ait été statué sur l'opposition ; 2° ouverture de l'école malgré la confirmation de l'opposition par le Conseil départemental ou par le Conseil supérieur ; 3° ouverture de l'école avant la décision d'appel.

Nous ne reprendrons dans cet article que les points qui peuvent prêter à discussion : le caractère des délits réprimés, les conditions dans lesquelles s'opère la fermeture de l'école et la compétence du tribunal correctionnel en matière d'opposition.

Les termes absolus de la loi conduisent à voir dans les délits visés par cet article des délits-contraventions, c'est-à-dire des délits n'exigeant pas l'élément intentionnel pour être répressibles. Peu importe que l'auteur du délit soit de bonne foi, ait cru ne pas contrevenir à la loi ; ce fait pourra justifier l'application des

(1) Rivet, *op. cit.*, p. 148.

circonstances atténuantes, il ne saurait entrainer l'élargissement pur et simple de l'inculpé, dès lors que l'illégalité de sa conduite est constatée (1).

L'article 40 ordonne la fermeture de l'école dans les cas visés par lui. La première question qui se pose à ce sujet est celle de savoir qui a qualité pour ordonner cette fermeture : le tribunal correctionnel ou la juridiction disciplinaire de l'Université ? La jurisprudence est maintenant fixée dans le sens de la compétence du tribunal correctionnel (2). Cela ressort, en effet, de l'article 40 lui-même qui, le paragraphe précédent et le paragraphe suivant, parle de la compétence du tribunal correctionnel ; il est du reste tout naturel que le tribunal à qui incombe la charge de constater le délit, ait le pouvoir d'ordonner la fermeture de l'école ; si les deux fonctions étaient séparées, il en pourrait résulter à propos d'une même affaire des divergences d'appréciation regrettables. Enfin le pouvoir ainsi conféré au tribunal correctionnel ne présente aucun caractère exorbitant qui doive choquer les habitudes, puisque la même loi (art. 42) prévoit expressément sa compétence pour fermer l'école dans d'autres cas. La compétence judiciaire est donc hors de doute ; est-elle exclusive ? Doit-on admettre à côté d'elle celle de l'autorité universitaire, comme le fait M. Esmein (note citée), pour le cas du moins où aucune poursuite n'aurait été intentée ? Pour le soutenir, on se base sur le décret du 15 novembre 1811 (art. 57) qui donne compétence au procureur impérial et au grand maître de l'Université ; cette disposition du décret n'aurait pas été abrogée. Nous pensons, au contraire, que cette disposition dérivait de la conception, aujourd'hui abandonnée, que l'Empire se faisait du monopole universitaire ; si le législateur avait entendu la laisser subsister, nous en aurions trace dans l'un quelconque de nos lois ou décrets, ou même circulaires relatives à l'enseignement : nulle part il n'y est fait allu-

(1) Cass., 26 novembre 1903, dame Coulomnier, D. 1904, I, 32.

(2) Corr. Hazebrouck, 9 septembre 1893, Brame, D. 1894, II, 65, note anonyme ; Lyon, 29 novembre 1900, Cœur, D. 1901, II, 57, note anonyme, et surtout Cass., 30 mars 1901, 3 espèces, S. 1902, I. 153, note Esmein, et D. 1901, I, 454, avec note anonyme et rapport de M. le conseiller Laurent Athalin.

sion (1). D'ailleurs le fait seul que l'article 40 donne compétence au tribunal correctionnel n'exclut il pas toute autre compétence ?

Les termes impératifs de la loi font que, lorsqu'elle est prévue, la fermeture doit être prononcée, elle n'est point facultative ni soumise à l'admission des circonstances atténuantes. S'il s'agissait d'une mesure répressive ou disciplinaire, il n'y aurait aucun motif de ne pas admettre de circonstances atténuantes. Sans doute la fermeture, lorsqu'elle est prononcée, a pour contre-coup de punir le délinquant ; mais cet effet qui semble la classer au nombre des peines disciplinaires, n'est que secondaire. La fermeture de l'école a pour but principal de mettre fin à un état de fait contraire à la loi (Cass. cit.). Il s'ensuit que toutes les fois que cet état se révèle, c'est-à-dire toutes les fois qu'une école reste ouverte illégalement, l'intérêt général exige que sa fermeture soit prononcée. Si, par contre, cet état de fait a cessé au moment du jugement pour une cause quelconque, par exemple parce que l'opposition a été levée entre temps, il n'y a pas lieu de prononcer la fermeture de l'école (Cass. cit.). Il n'en serait pas de même si la fermeture était une peine disciplinaire, car alors, du moment que la faute aurait été avérée, la peine devrait être prononcée ; l'école serait fermée et cela entraînerait de graves conséquences pour son avenir : une nouvelle déclaration d'ouverture serait nécessaire qui pourrait être suivie d'une opposition dans l'intérêt des bonnes mœurs. Il y a donc deux choses dans l'article 40 : 1° des peines proprement dites qui doivent être appliquées si l'infraction à la loi a été commise, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'état de fait créé par cette infraction s'est perpétué ; 2° une mesure d'intérêt général, la fermeture de l'école, qui a pour but de faire cesser un état de fait contraire aux lois et qui n'a d'effets répressifs que par ricochet : cette mesure ne peut être prononcée que si l'état de fait contraire à la loi subsiste.

La compétence du tribunal correctionnel en vertu de l'article 40

(1) Sous le régime de la loi de 1850, une circulaire du 4 février 1851 (Gréard, *op. cit.*, III, 436) prescrivait de fermer administrativement l'école dans le cas où le tribunal correctionnel, ayant prononcé une condamnation, si indulgente soit-elle, aurait omis d'ordonner la fermeture de l'établissement.

a pour résultat de conférer à ce tribunal un certain pouvoir en matière d'opposition, ce qui soulève deux questions : où s'arrête le pouvoir du tribunal correctionnel ? Dans les limites de sa compétence, ce tribunal est-il lié par la jurisprudence du Conseil supérieur ?

Le tribunal correctionnel a le droit de vérifier l'existence et la légalité de l'acte d'opposition, mais sa compétence s'arrête aux questions de fond qui sont réservées à l'appréciation exclusive des conseils universitaires. Dire, comme le fait la loi, que l'école ne pourra s'ouvrir avant le jugement de l'opposition ou la décision d'appel, c'est admettre que ce jugement confirmera ou infirmera l'opposition et que malgré le mal fondé éventuel de l'opposition l'ouverture prématurée de l'école n'en constituera pas moins le délit de l'article 40. C'est par le fait établir, en ce qui concerne le fond tout au moins, une sorte de séparation des pouvoirs entre les tribunaux judiciaires et les conseils universitaires et enjoindre aux premiers de condamner le délinquant sans examiner la valeur intrinsèque de l'opposition, celle-ci fût-elle fondée sur des motifs inconsistants. Mais il ne s'ensuit pas, de ce que l'examen du fond soit soustrait à son appréciation, que l'acte d'opposition échappe absolument aux prises du tribunal correctionnel. En effet si l'opposition est devenue caduque par suite de son jugement tardif, ou si elle l'a toujours été (non notifiée, prise tardivement...), cet acte ne s'impose pas au déclarant qui, en ouvrant l'école malgré l'opposition ou malgré l'appel, ne se met pas en contravention avec la loi, or le tribunal correctionnel n'a d'autres moyens de s'en rendre compte que d'examiner la régularité extérieure de l'acte d'opposition (1). Les tribunaux judiciaires ont en outre, croyons-nous, le droit d'examiner si les motifs de l'opposition rentrent dans la compétence de l'opposant : ce faisant, ils restent dans leur sphère d'attributions, car ils examinent non pas le bien fondé de l'acte administratif d'opposition mais sa légalité. Si l'opposition est fondée sur des motifs étrangers à la compétence de son auteur, l'école peut s'ouvrir sans délit malgré l'opposition ou malgré l'appel (2).

(1) Correct. Le Puy, 9 février 1891, dans Schmit, III, p. 75.
(2) Douai, 16 mai 1904, rapporté dans Schmit, III, p. 76.

En ce qui concerne la légalité de l'acte d'opposition, deux jurisprudences peuvent donc se former : celle du Conseil supérieur et celle de la Cour de cassation. Ces deux jurisprudences sont-elles indépendantes l'une de l'autre ? Logiquement il semblerait qu'elles ne doivent pas l'être, afin d'éviter des désaccords. Cependant aucun texte ne restreint la liberté du tribunal correctionnel, ni ne l'oblige à attendre le jugement de l'opposition pour statuer. D'autre part le principe général de la séparation des pouvoirs va-t-il jusqu'à exiger que le tribunal correctionnel calque sa décision sur la jurisprudence des conseils universitaires ? Nous croyons qu'il faut distinguer. Si l'opposition est déjà définitivement déclarée caduque par une décision du Conseil départemental ou supérieur, le tribunal est obligé d'accepter cette décision, de même que s'il s'agissait d'un arrêté municipal annulé par le Conseil d'Etat, il ne saurait que prendre acte de cette annulation. Mais si aucune décision définitive n'est rendue sur l'opposition, le tribunal correctionnel a toute liberté pour apprécier la légalité de l'acte d'opposition, comme il l'aurait s'il avait à examiner la légalité d'un arrêté municipal non annulé à propos d'une infraction à cet arrêté. Cela rend possibles des divergences d'interprétation, mais en fait la seule qu'on ait relevée fut passagère : elle portait, on s'en souvient, sur le point de départ du délai accordé à l'inspecteur pour former opposition.

CHAPITRE II

Du jugement de l'opposition par le Conseil départemental de l'instruction primaire.

DÉLAI

L'opposition étant un acte provisoire, la loi a indiqué le délai passé lequel elle cesse d'être acquise faute d'avoir été jugée par le Conseil départemental : « Les oppositions à l'ouverture d'une école privée sont jugées contradictoirement par le Conseil départemental dans le délai d'un mois. » (Art. 39, loi 1886). On remarquera qu'il s'agit du jugement et non du début de la procédure.

Ce texte est formel, et le fait que le Conseil départemental ne se réunit habituellement qu'une fois par trimestre, ne permet pas de l'éluder, puisque le préfet peut convoquer le Conseil départemental aussi souvent que l'exigent les besoins du service. Le sort d'une opposition doit donc être décidé dans le délai d'un mois à compter du jour où elle a été formée, le *dies a quo* n'étant pas compris dans le calcul du délai : ainsi une opposition, formée le 17 du mois (1), doit être jugée au plus tard le 17 du mois suivant. Si plusieurs oppositions (2) successives ont été formées, le délai court à dater de la première dans la mesure où les autres ont été formées pour les mêmes causes qu'elle ; car une seconde opposition ne peut faire perdre au déclarant le droit acquis qu'il avait à ce que la première opposition et ses motifs soient jugés dans le mois. Mais si la seconde opposition invoque des motifs nouveaux, il y a lieu de laisser courir un délai spécial pour statuer sur leur bien fondé (3).

(1) On remarquera que ce délai d'un mois ne part pas de la date de la notification de l'opposition, mais du jour où l'opposition a été formée.

(2) On suppose, bien entendu, que ces oppositions ont eu lieu dans le délai requis.

(3) C. sup., 23 mai 1902, Cladière, II, 116.

Deux questions principales se posent au sujet de ce délai : 1° Y a-t-il des excuses permettant au Conseil départemental de statuer valablement, même après le délai d'un mois ? 2° Quelles sont les conséquences de l'inobservation du délai ?

Les termes absolus de l'article 39 imposent une réponse négative à la première question. En effet, la loi ne distingue pas entre les diverses causes susceptibles de retarder la décision du Conseil départemental ; elle a voulu, en circonscrivant dans le temps la validité de l'opposition, empêcher qu'on ne recule indéfiniment, sous un prétexte plus ou moins fondé, une décision intéressant au premier chef la liberté des citoyens. La circulaire ministérielle du 31 mai 1889, qu'on n'accusera pas d'hostilité à l'égard de l'administration, interprétait de la même façon l'article 39 de la loi de 1886. Tout retard, justifié ou non, doit donc vicier la décision du Conseil départemental.

La jurisprudence du Conseil supérieur n'est pas absolument conforme à ce point de vue. Dans la plupart des cas, elle annule les jugements du Conseil départemental rendus hors délai (1), même lorsque le retard a pour cause la nécessité d'un supplément d'instruction (2). Il y a cependant une hypothèse dans laquelle le Conseil supérieur admet une dérogation à cette règle : celle où le Conseil départemental a été convoqué dans le délai requis, mais où, faute pour ses membres d'être en nombre suffisant, il a dû remettre sa décision à plus tard. Dans ce cas, le Conseil supérieur reconnaît la validité de la décision tardive du Conseil départemental, à condition qu'il ait statué aussitôt que les circonstances le lui ont permis (3).

Cette exception est-elle justifiée ? Nous ne le croyons pas. L'article 39 est formel, il ne distingue pas, parce qu'il a voulu donner une garantie absolue aux déclarants : on ne voit pas pourquoi la jurisprudence ne se conformerait pas à l'esprit et à la lettre de ce texte. En l'espèce particulière, il est malaisé de découvrir les raisons, non pas même juridiques, mais d'équité, pour lesquelles

(1) C. sup., 20 juillet 1888, Chenu, I, 228 ; 20 décembre 1904, Bourchany, III, 327.
(2) C. sup., 28 décembre 1888, Bonnefont, I, 232 ; 26 juillet 1894, Nycollin, I, 239.
(3) C. sup., 21 juillet 1888, Decultieux, I, 230 ; 4 décembre 1903, Cluzel, III, 325 ; 18 décembre 1905, Decouais, III, 328 ; 30 juin 1916, Berthelemy, *Bull. administ.*, II, 86, n° 1068 ; 22 juin 1918, Le Borgne, *Bull. administ.*, II, 12, n° 1079.

l'instituteur déclarant serait obligé de pâtir de la négligence qu'ont mis les membres du Conseil départemental à répondre à leur convocation. Au surplus, cette exception se heurte à la théorie de l'opposition telle que nous la soutenons d'après le Conseil supérieur lui-même. L'opposition est une mesure conservatoire, frappée de déchéance *ipso facto* si elle n'est pas confirmée au bout du mois (1) ; exactement comme en procédure civile, le défaut de dénonciation au saisi et d'assignation en validité dans la huitaine de l'exploit de saisie-arrêt entraîne la nullité de plein droit de la saisie. Comment, dès lors, le Conseil départemental peut-il valablement statuer sur un acte inexistant dont le déclarant n'a plus à tenir compte ? Nous souhaitons que cette contradiction dans la jurisprudence du Conseil supérieur disparaisse.

Nous arrivons ainsi à la seconde question à résoudre : quels effets produit l'inobservation du délai ? La loi ne s'est pas expliquée là-dessus. Le Conseil supérieur a tout de suite décidé que la seule sanction possible était la nullité du jugement. Mais eu égard à la nature et à l'ampleur de cette nullité, il a évolué et nous distinguons dans sa jurisprudence deux périodes, départagées par le mois de juillet 1891 (2).

Jusqu'à cette date (3), le Conseil supérieur annulait la décision du Conseil départemental pour vice de forme, ce qui ne l'empêchait pas d'évoquer l'affaire et de statuer sur le fond. Cette doctrine impliquait donc que la péremption de l'opposition n'avait pas lieu et que l'article 10 aurait été applicable à celui qui aurait ouvert son école même après le mois fixé par la loi : en un mot, la nullité atteignait la décision du Conseil départemental, mais non l'acte d'opposition, et c'est ce qui permettait au Conseil supérieur d'évoquer l'affaire.

Cette théorie était très critiquable. D'une part, elle enlevait toute sanction sérieuse à l'article 39, puisqu'en fait, la validité de l'opposition restait en suspens bien au delà du délai requis ; cette nullité ne constituait guère qu'un blâme tout platonique pour le préfet. De plus, le Conseil supérieur était inconséquent avec lui-

(1) C. sup., 29 juillet 1891, Caseneuve, I, 236.
(2) Voir note anonyme sous C. sup., au S. 04, III, 9.
(3) Affaire Chenu citée ; Rivet, *op. cit.*, p. 193 ; Compayré, *op. cit.*, p. 120.

même : en prononçant la nullité, il reconnaissait que le Conseil départemental aurait dû se déclarer dessaisi et, malgré cela, il prétendait se substituer à lui pour juger l'affaire. Enfin, c'était oublier la notion fondamentale de l'opposition qui est une mesure conservatoire et qui, comme tous les actes de cette nature, tombe, si elle n'est pas confirmée dans le délai légal ; nous avons vu, en effet, que les termes employés par la loi sont tout à fait impératifs ; de plus, il ressort des débats parlementaires (1) que le législateur a entendu substituer un délai « exact et ferme », par suite de rigueur, au délai simplement comminatoire établi par la loi de 1850 Par conséquent, le Conseil supérieur ne devait pas seulement envisager la conséquence de l'inobservation du délai par rapport à la décision du Conseil départemental, mais aussi par rapport à l'acte initial de la procédure. La péremption de cet acte, par le seul effet du délai écoulé, rendait impossible tout jugement ultérieur de l'affaire par le Conseil départemental et toute évocation par le Conseil supérieur, car on ne saurait statuer sur ce qui n'existe plus. Le Conseil supérieur s'est rallié à cette opinion depuis 1891 (2).

En résumé, l'inobservation du délai d'un mois imposé par l'article 39 de la loi de 1886 : 1° entraîne *ipso facto* la déchéance de l'acte d'opposition ; 2° rend, par le fait, nulle toute décision sur le fond émanée du Conseil départemental et empêche l'évocation de l'affaire par le Conseil supérieur ; 3° permet au déclarant d'ouvrir son école sans attendre le jugement du Conseil départemental : l'opposition étant tombée, l'ouverture de l'école n'est pas illégale. Nous réservons, bien entendu, l'exception jurisprudentielle dont il a été parlé ci-dessus (3).

(1) Chambre des députés, séance du 15 mars 1884 ; Sénat, séance du 18 février 1886 (cité dans arrêt Caseneuve)

(2) C. sup., 29 juillet 1891, Caseneuve, I, 236 ; 29 juillet 1891, Sillier, I, 237, etc. L'heureux revirement de la jurisprudence du Conseil supérieur en cette matière est dû en grande partie à la ténacité du rapporteur dans l'affaire Cazeneuve, M. Beudant, professeur à la Faculté de droit de Paris ; la délibération dura 2 h. 1/2, et la solution nouvelle ne fut votée que par 22 voix contre 21 (v. *Bull. Soc. gén. d'éduc.*, 1891, p. 685). Ce fait, très caractéristique, démontre quels services pourraient rendre la présence plus nombreuse de juristes de profession au sein des conseils universitaires.

(3) Il serait curieux, le cas échéant, de comparer sur ce point la jurisprudence des tribunaux judiciaires à celle du Conseil supérieur.

L'institution de ce délai de rigueur a été critiquée (1), sous prétexte qu'elle oblige parfois le Conseil départemental à juger sans les éléments nécessaires d'appréciation et l'instituteur à comparaître avant d'avoir eu le temps de réunir les preuves décisives du mal fondé de l'opposition. Malgré ce qu'il peut y avoir de vrai dans cette objection, nous croyons que ce délai présente plus d'avantages que d'inconvénients ; en un mois il est aisé de se faire une opinion motivée sur la plupart des oppositions ainsi que de rassembler ses moyens de défense. Et surtout, ne pas fixer de délai ou interpréter la loi comme le Conseil supérieur avant 1891, c'est rendre possibles des ajournements qui, en se prolongeant de façon abusive, arriveraient à compromettre le droit des déclarants.

LE CONSEIL DÉPARTEMENTAL EST SAISI DE L'AFFAIRE

Ce n'est pas au déclarant à saisir le Conseil départemental ; sans quoi il lui suffirait de ne pas bouger pour obtenir automatiquement au bout du mois la mainlevée de l'opposition. Ce n'est pas lui du reste qui a intérêt au maintien de l'opposition, il n'a donc pas à agir. Nous avons vu que le maire opposant doit notifier au préfet son opposition, et que l'inspecteur opposant doit faire de même et transmettre le dossier de l'affaire. Une fois ces formalités accomplies, il appartient au préfet de diriger la marche de l'affaire et en premier lieu de nommer un rapporteur.

INSTRUCTION DE L'AFFAIRE

L'instruction est confiée par le préfet à un rapporteur choisi parmi les membres du Conseil (déc., 18 janvier 1887, art. 162). Le préfet est libre de désigner celui d'entre eux qu'il voudra. Peut-être y a-t-il là une lacune dans la loi, étant donné la pratique assez générale de choisir comme rapporteur un inspecteur primaire ou le directeur de l'école normale, qui n'ont pas toujours l'impartialité voulue et qui, en tous cas, sont souvent dans

(1) Compayré, *op. cit.*

la situation délicate de subordonné hiérarchique de l'opposant, lorsque celui-ci est l'inspecteur d'académie.

Quoi qu'il en soit, la désignation d'un rapporteur est une formalité essentielle de la procédure dont l'absence entraînerait l'annulation du jugement pour vice de forme (1). Cette nullité n'empêche pas le Conseil supérieur de retenir l'affaire et de statuer sur le fond.

Le rapporteur, après avoir pris connaissance du dossier, s'éclaire par tous les moyens en son pouvoir sur la régularité de l'opposition et sur la réalité des motifs invoqués à son appui. Il visite les lieux, il ouvre une enquête, il s'appuie sur des expertises ; en un mot, il a toute latitude dans le choix des moyens propres à se faire une conviction raisonnée. Mais il doit citer ses sources de manière à ce que le contrôle du Conseil départemental et de la défense puisse s'effectuer sérieusement.

Cependant l'arrêté (2) du 18 janvier 1887 (art. 271) prescrit la consultation par l'inspecteur d'académie du Comité départemental d'hygiène qui donnera, dans le plus bref délai, son avis sur les conditions d'installation et sur la salubrité des locaux affectés à l'école déclarée. Depuis que la loi du 15 février 1902 a institué des commissions sanitaires d'hygiène qui se partagent le département, leur avis peut remplacer celui du Conseil départemental, sous réserve qu'en cas de contestation, on pourra en faire appel devant le Conseil départemental d'hygiène. Si cet avis est nécessaire, il n'en résulte pas forcément que la visite du local par un membre du Comité ou de la Commission soit exigée, car il est des cas où les pièces du dossier suffisent à faire apprécier l'opposition (3).

En pratique, le Conseil supérieur exige encore, lorsque le motif de l'opposition est tiré de la qualité de l'eau, que l'on fasse faire une analyse chimique et bactériologique de l'eau ; de même, lorsque l'opposition est fondée sur le danger de contamination des privés, il veut que l'on fasse constater la non-étanchéité des

(1) C sup., 7 décembre 1903, Salesses, III, 213.

(2) L'article 271 est un des articles ajoutés à l'arrêté de 1887 par un arrêté additionnel du 18 janvier 1893.

(3) C sup., 13 janvier 1899, Paulet, I, 225.

parois des fosses d'aisance (1). Les conditions d'une bonne instruction sont variables suivant les espèces, et il appartient au Conseil supérieur de déterminer ce qui convient de faire dans tel et tel cas.

Lorsque le rapporteur a colligé tous les renseignements utiles, il fait un rapport écrit. L'importance de ce rapport est considérable puisque c'est sur lui, plus encore que sur l'opposition elle-même, qu'il sera discuté; il constitue, en effet, une première vérification du bien fondé de l'opposition qui ne manquera pas de faire impression sur le Conseil départemental et que, suivant le sens des conclusions, l'opposant ou l'instituteur aura intérêt à contester. Ce rapport écrit, que le Conseil supérieur exigeait déjà sous l'empire de la loi de 1850 (2), n'est prescrit que par la circulaire du 31 mai 1889. Cependant le rapport est tellement dans l'ordre de toute procédure administrative et dans la tradition; il est tellement inclus dans le droit de la défense qui doit, à défaut de signification des conclusions, posséder une base de discussion, que le Conseil supérieur a toujours annulé les décisions du Conseil départemental qui se sont contentées d'une simple déclaration verbale du rapporteur (3) ; le Conseil supérieur évoque alors l'affaire et statue sur le fond.

LA DÉFENSE

Les débats sur les oppositions à ouverture d'école sont contradictoires (loi de 1886, art. 39); il est donc de rigueur de mettre l'instituteur à même de préparer sérieusement sa défense. Plusieurs conséquences sont à tirer de ce principe.

La loi elle-même (art. 39 *in fine*) a jugé que l'instituteur, n'ayant pas l'habitude et la souplesse requises pour se défendre lui-même, pouvait se faire assister ou représenter par un conseil. La loi n'a pas spécifié que ce conseil dût être choisi nécessairement parmi les avoués du département ou les avocats; il s'ensuit

(1) Circul., 25 février 1912, *Bull. adminisl.*, I, 319.
(2) C. sup., 6 janvier 1887, Aly, *Bull. adminisl.*, I, 3.
(3) C. sup., 27 décembre 1889, Doche, I, 224; 28 décembre 1892, Huguet, I, 239 (solution implicite).

que, moyennant l'autorisation du préfet, un parent, un ami ou une tierce personne pourrait également remplir ce rôle. Aucune forme n'est prescrite pour la justification du mandat en cas de représentation : l'affirmation de l'avocat, la détention de la citation suffisent, mais un acte sous seing privé, sur papier libre, serait au-dessus de toute contestation. Le conseil de l'instituteur a les mêmes droits que l'instituteur qu'il assiste ou représente.

Huit jours au moins avant le jour fixé pour le jugement, le préfet invite le déclarant à comparaître ou à se faire représenter devant le Conseil départemental (1). Cette citation peut être délivrée sous n'importe quelle forme : simple lettre, lettre recommandée, forme administrative... L'essentiel, c'est qu'elle ait lieu dans le délai indiqué (2). Ce délai n'est pas imposé à peine de nullité de la procédure, si les intérêts de la défense n'ont pas été compromis (3). Il n'en serait pas de même si aucune convocation n'avait été envoyée, car alors, en toute hypothèse, les droits de la défense auraient été méconnus et l'article 39 de la loi de 1886 violé.

Les parties ne se signifiant pas de conclusions, il est indispensable que l'instituteur obtienne communication du dossier de l'opposition pour établir sa défense sur le terrain même où il est attaqué. Un décret du 10 décembre 1901 (art. 2), modifiant l'article 162 du décret de 1887, oblige le préfet, en même temps qu'il envoie la citation, à informer par lettre recommandée le déclarant que le rapport et les pièces du dossier seront à sa disposition, au secrétariat du Conseil départemental, un jour franc avant le jour fixé pour le jugement. Avant ce décret, la communication du dossier à l'intéressé, quoique possible, n'était pas obligatoire et était laissée à l'appréciation du préfet. C'était évidemment une grosse lacune. Aujourd'hui qu'il n'en est plus ainsi, la communication du dossier doit être complète, et le fait

(1) Décret 18 janvier 1887, art. 162.

(2) C. sup., 6 janvier 1887, Viaud, I, 227.

(3) C. sup., 22 décembre 1904, Gérault, III, 324 ; 21 déc. 1907, Tronchère, IV, 188. Voir en sens contraire, 1er juillet 1915, Peytavit, *Bull. administ.*, II, 75, n° 1060, qui indique peut-être un revirement de la jurisprudence : cet arrêt annule un jugement du Conseil départemental, parce que la convocation n'a pas eu lieu huit jours pleins avant ; du reste, cela ne change pas grand'chose, le Conseil supérieur ayant évoqué l'affaire.

de verser au dossier des pièces, notamment le rapport, dont le déclarant et son conseil n'ont pas pu avoir connaissance, constitue un vice de forme entraînant la nullité de la décision du Conseil départemental (1). Le Conseil supérieur, tout en annulant le jugement, retient l'affaire et statue sur le fond (2).

LES DÉBATS

Au jour fixé, hors la présence du public (art. 60, loi de 1886), le Conseil départemental se réunit. Il prend connaissance de l'arrêté d'opposition, puis il entend l'intéressé, son conseil ou son représentant.

Ceux-ci ont intérêt, avant de procéder à leur défense au fond, à rechercher s'ils n'ont pas des nullités de forme à invoquer. Celles-ci peuvent avoir trait à la composition du Conseil départemental ou à la procédure antérieure au jugement.

En ce qui concerne la composition du Conseil départemental, on ne doit pas oublier que, pour délibérer valablement, la moitié plus un de ses membres doivent être présents (loi de 1886, art. 49). Si le Conseil départemental n'est pas en nombre, l'intéressé en prend note et demande l'ajournement à une autre séance, ce qui pourra, suivant le cas, entraîner la péremption de l'opposition. Si le Conseil départemental passe outre, ou que l'intéressé n'ait pas songé à invoquer ce moyen de défense, le Conseil supérieur annulera en appel la décision prise dans ces conditions et évoquera l'affaire, si elle est en état (3).

Le second point sur lequel l'intéressé a avantage à porter son attention est celui de savoir si l'article 44 (loi de 1886) a été respecté. Cet article prescrit pour le jugement des affaires intéressant l'enseignement privé l'adjonction au Conseil départemental de deux membres de cet enseignement, l'un laïque,

(1) C. sup., 11 décembre 1902, Ertus, II, 113; 11 décembre 1902, Renaud, II, 114; 18 mars 1911, Goasempis, IV, 195.

(2) Il peut arriver qu'après avoir pris connaissance du dossier, le déclarant, jugeant la partie perdue, retire purement et simplement sa déclaration. Le jugement de l'opposition n'est plus nécessaire alors, puisqu'il n'y a plus de déclaration.

(3) C. sup , 19 juillet 1905, Lautour, III, 343; 21 juillet 1905, III. 364 ; 1er juillet 1907, Pierre, IV, 192.

l'autre congréganiste, tous deux élus suivant certaines règles. Ce texte ne peut plus recevoir son application intégrale depuis la loi du 7 juillet 1904 (art. 1er), qui supprima l'enseignement congréganiste en France dans un délai de dix ans. Cette suppression du corps électoral congréganiste entraîne la réduction à un des membres de l'enseignement privé, nécessaires pour la validité de la décision du Conseil départemental. Il n'y a que dans les départements où quelques établissements congréganistes auraient été tolérés en vertu de l'article 2 de la loi du 7 juillet 1904, ou n'auraient pas encore été supprimés, qu'il y aurait lieu de convoquer leur représentant (1). Il est regrettable qu'une disposition spéciale n'ait pas déclaré qu'en remplacement du représentant de l'enseignement congréganiste supprimé, l'enseignement privé laïc élirait un second membre.

L'intéressé veillera donc à ce que l'article 44, corrigé par la loi de 1904, reçoive son application. Mais dans quel sens faut-il interpréter ce texte? La présence des représentants de l'enseignement privé ne saurait être exigée, puisqu'il leur suffirait de ne pas se rendre aux séances du Conseil départemental pour empêcher ce dernier de statuer valablement. Le Conseil supérieur a donc décidé que seule leur convocation était nécessaire, à condition qu'elle puisse être prouvée ; il appartient au préfet d'agir en conséquence (2).

Cette règle, imposant l'adjonction au Conseil départemental d'un ou deux représentants de l'enseignement privé, comporte-t-elle des exceptions? Doit-on admettre notamment, comme le Conseil supérieur l'avait fait autrefois (3), que le Conseil départemental délibère valablement sans eux, si la cause de leur absence réside dans ce fait que les élections n'ont donné aucun résultat? Il paraît équitable, au premier abord, de le décider ; car, d'un côté, il est impossible de convoquer un représentant qui n'est pas encore nommé, et, de l'autre, le Conseil départemental ne peut surseoir à statuer à cause du délai d'un mois qui lui est imparti.

(1) C. sup., 27 juin 1907, Jouvet, IV, 163 ; 2 juillet 1907, Hévin, IV, 177.
(2) Hévin, Jouvet, cit. ; C. sup., 21 juillet 1888, Cohendet, I, 241.
(3) C. sup., 21 juillet 1888, Decultieux, I, 230.

Cependant, vu le caractère impératif de l'article 44, il importe de n'y admettre de dérogation qu'à l'extrême limite. Aussi croyons-nous qu'une distinction s'impose. Le règlement du 12 novembre 1886, sur les élections au Conseil départemental, pose qu'en cas d'égalité de suffrages au second tour de scrutin, la préférence se détermine par l'ancienneté des services, et par l'âge si l'ancienneté est la même (art. 8) ; il n'est donc pas concevable que les élections ne donnent pas de résultats au moins au deuxième tour ; c'est pourquoi l'article 9 du même règlement déclare qu'il sera pourvu dans le délai de deux mois aux vacances qui peuvent résulter de décès, de démissions ou de toutes autres causes. Si donc l'enseignement privé reste sans représentant plus de deux mois, la négligence ou la mauvaise volonté du préfet chargé de régler les élections en est la cause. Par conséquent, dans cette hypothèse, on doit strictement appliquer l'article 44 (loi de 1886) et annuler les décisions du Conseil départemental rendues sans l'adjonction du représentant de l'enseignement privé. Dans l'autre cas, c'est-à-dire si le Conseil départemental se réunit avant l'expiration du délai de deux mois, on ne saurait être aussi rigoureux, et il faut, sinon admettre toujours la validité des délibérations du Conseil départemental hors la présence du ou des représentants de l'enseignement privé, du moins s'en remettre à l'appréciation du Conseil supérieur du point de savoir si le défaut de résultats des élections est imputable ou non au préfet. Cette distinction, que le Conseil supérieur n'avait pas faite dans l'arrêt Decultieux, il semble depuis s'y être définitivement rangé (1).

D'après la jurisprudence du Conseil supérieur, la sanction de l'article 44 est l'annulation de la décision irrégulière du Conseil départemental ; si l'affaire est en état, le Conseil supérieur la retient et statue sur le fond.

Lorsque le défendeur a présenté, s'il y a lieu, ses observations eu égard à la composition du Conseil départemental, il recherchera si quelque autre irrégularité ne s'est pas produite (opposi-

(1) C. sup., 21 juillet 1903, Gasc, III, 330 ; 23 juillet 1903, Robert, III, 332 ; 8 décembre 1903, Monin Richard, III, 334 ; 21 juillet 1905, Pary, III, 364 ; 17 décembre 1909, Chauvin, IV, 191.

tion tardive, formulée incomplètement au déclarant, réunion tardive du Conseil départemental, etc.). Il l'invoquera afin d'obtenir, suivant le cas, soit le dessaisissement du Conseil départemental, soit l'annulation de l'opposition sans examen du fond.

Il convient de noter que le droit de récusation à l'encontre des membres du Conseil départemental n'est prévu par aucun texte, et le Conseil supérieur le refuse aux parties aussi bien en matière contentieuse qu'en matière disciplinaire (1).

Ensuite, l'intéressé ou son conseil passe à sa défense au fond : sur cette question, rien qui soit particulier à la procédure d'opposition.

Le Conseil départemental, après avoir ainsi entendu ou provoqué les explications du déclarant ou de son conseil, procède à la déposition des témoins, examine les pièces du dossier et hors la présence du déclarant (2), il délibère et statue sur l'opposition. Nous avons déjà signalé que le Conseil départemental ne pouvait remettre sa décision à une autre séance pour supplément d'instruction qu'à condition de rester dans le délai d'un mois qui lui est imparti pour statuer. Le vote a lieu par mains levées (3) et non au scrutin secret, ce qui enlève aux justiciables une précieuse garantie, celle de la liberté du vote, car un grand nombre de membres du Conseil départemental, qui sont les inférieurs du préfet et de l'inspecteur d'académie, auront la tentation de conformer leur vote à ceux de ces derniers pour ne pas leur déplaire, inconvénient qui eût évité avec le scrutin secret. Une décision rendue au scrutin secret est annulable, parce qu'elle ne permet pas au préfet d'user de la voix prépondérante qui lui appartient ; si l'affaire est en état, elle est évoquée (4). En cas de partage des voix, celle du président — habituellement le préfet — est prépondérante (art. 49, loi de 1886). L'égalité de suffrages ne saurait être interprétée en faveur du déclarant ; lorsqu'elle se produit, il est donc nécessaire de procéder à un nouveau vote (5).

(1) C. sup., 14 janvier 1899, Peloin et Constant, I, 292 ; 18 mars 1911, Goasempis, IV, 195.

(2) Décret, 18 janvier 1887, art. 163.

(3) Décret 18 janvier 1887, art. 150.

(4) C. sup., 18 décembre 1905, Rigal, III, 359.

(5) C. sup., 8 novembre 1889, Loger, I, 257.

Si l'instituteur ne s'est pas présenté ou ne s'est pas fait représenter devant le Conseil départemental, la procédure a lieu valablement en son absence, pourvu qu'il ait été régulièrement convoqué ; c'est tout ce qu'exige le caractère contradictoire des débats. De plus, la loi n'ayant pas organisé de procédure par défaut, il n'y a pas lieu d'en admettre l'existence devant le Conseil départemental ; il serait, du reste, le plus souvent très difficile de l'organiser, étant donné le court délai dans lequel la décision définitive du Conseil départemental doit intervenir.

LE JUGEMENT DU CONSEIL DÉPARTEMENTAL

Le libellé du jugement doit contenir un certain nombre de mentions. Le Conseil supérieur annule les décisions du Conseil départemental, qui ne renferment pas les mentions nécessaires, et si l'affaire est en l'état, il l'évoque. Voici les principaux cas de nullités tenant au libellé du jugement :

Le visa des pièces du dossier manque (C. sup., 21 juillet 1888, Drouin, I, 182) ;

La liste des membres présents avec leurs qualités fait défaut (C. sup., 21 décembre 1907, Labouderie, IV, 197) ;

La présence des membres de l'enseignement privé n'est pas visée (C. sup., 22 décembre 1904, Sylvestre, 1904, III, 362) ;

La mention de la convocation des membres de l'enseignement privé manque (C. sup., 12 février 1914, Bouhélier, *Bull. adm.*, I, 239, n° 1043) ; cependant, si la convocation a eu lieu en fait, il n'y a pas de nullité, aucune garantie n'ayant été enlevée à l'instituteur (C. sup., 8 juillet 1913, Grimal, *Bull. adm.*, II, 121, n° 1025) ;

Tant que le délai de dix ans donné par la loi pour supprimer l'enseignement congréganiste n'était pas écoulé, il fallait, s'il y avait lieu, mentionner que la non-convocation du représentant congréganiste avait sa cause dans la suppression de l'enseignement congréganiste dans le département (C. sup., 9 février 1914, Dubreuil, *Bull. adm.*, I, 239, n° 1033) ;

Il n'est pas mentionné que la décision a été prise à la majorité des voix (C. sup., 21 décembre 1900, Porchey, II, 123) ;

La présence de la moitié plus un des membres du Conseil départemental n'est pas mentionnée (C. sup., 29 décembre 1888, Volte, I, 257) ;

La décision n'est pas motivée ou insuffisamment motivée (C. sup., 22 juillet 1899, Juge, II, 108 ; 17 juillet 1906, Pelaud, IV, 196) ; en vertu des principes généraux de l'administration de la justice (loi 20 avril 1810, art. 7), toute décision de justice doit être motivée (C. sup., 10 juillet 1897, Fourgère, I, 254) ;

La décision ne doit pas viser d'autres motifs que ceux invoqués par l'opposant (C. sup., 20 avril 1904, Estevenon, III, 294) (1).

Nous avons vu que les séances du Conseil départemental ne sont pas publiques ; s'ensuit-il que ses décisions ne peuvent être reproduites par la voie de la presse ? L'article 148 (décret 18 janvier 1887) décide bien que la communication des procès-verbaux des séances ne pourra être faite qu'aux membres du Conseil départemental, et aux autres personnes, à condition qu'elles soient munies d'une autorisation du préfet. Quoi qu'il en soit, toute reproduction par la voie de la presse a lieu sous la responsabilité exclusive de celui qui la fait ; d'autre part, à supposer que l'on considère cette reproduction comme illicite, en l'absence de textes, elle ne serait pas répressible pénalement : *nulla pœna sine lege.*

NOTIFICATION DU JUGEMENT

Dans les huit jours, le préfet doit notifier le jugement tant au déclarant qu'à l'opposant, et en même temps les avertir qu'ils

(1) A titre documentaire, voici un libellé-type en blanc d'un jugement du Conseil départemental ;

« Aujourd'hui, le..... mil....., le Conseil départemental de l'enseignement primaire s'est réuni à la préfecture sur la convocation et sous la présidence de M. le Préfet de.....

» Etaient présents :

» MM..... (indiquer les noms et qualités des membres du Conseil).

» Absents et excusés. ... (indiquer les noms et qualités).

» Le Conseil départemental,

» Vu la déclaration faite le..... à la mairie de... , par M..... (le déclarant ou son mandataire), à l'effet d'ouvrir... . (indiquer la nature de l'établissement) ;

» Vu le récépissé délivré au déclarant par le maire à la date du..... ;

» Vu le récépissé des pièces délivré au déclarant par l'inspecteur d'Académie à la date du..... ;

» Vu l'opposition formée par..... (le maire, l'inspecteur d'Académie) et notifiée au déclarant le.....

» Vu la décision par laquelle M. le Préfet a désigné son rapporteur ;

» Vu la citation à comparaître adressée au déclarant le.... ;

» Vu la loi du 30 octobre 1886, art. 44 et 49, et..... (les textes législatifs et réglementaires se rapportant à la nature de l'établissement) ;

» Vu les pièces et documents annexés au dossier, notamment l'avis du Comité d'hygiène, et produits aux débats... »

Suivent les attendus, variables selon les espèces et le dispositif proprement dit.

ont dix jours à partir de la notification pour se pourvoir devant le Conseil supérieur (1).

Cette notification est essentielle, étant donné que ni le maire ni l'instituteur n'ont assisté au prononcé du jugement. Pour la faire, aucune forme particulière n'est requise. La notification faite après le délai, quelque regrettable que soit ce retard, n'est pas une cause de nullité (2); autrefois, le Conseil supérieur annulait la décision et évoquait l'affaire (3). La nouvelle jurisprudence ne change pas grand'chose à l'ancienne, puisque la nullité précédemment prononcée était de pure forme. Cette jurisprudence a l'effet fâcheux d'allonger le délai d'appel (4) et de repousser la solution définitive de l'affaire.

Les effets du jugement du Conseil départemental seront étudiés à propos du délai d'appel et de l'appel.

COMPÉTENCE DU CONSEIL DÉPARTEMENTAL

Quelle est la compétence du Conseil départemental? Tout d'abord, il a qualité pour examiner les exceptions qui pourraient lui être proposées touchant la date de sa réunion, sa composition, le respect des droits de la défense... Cela ne souffre pas de difficulté ; le plus délicat est de déterminer sa compétence en face de l'acte d'opposition.

Les règles particulières qui la régissent se déduisent toutes de ce principe général : le Conseil départemental a tout pouvoir pour examiner le bien fondé de l'acte d'opposition, mais là se borne strictement sa compétence; il ne peut se substituer aux autorités légales pour apprécier de son propre chef, à propos des oppositions qui lui sont soumises, la convenance du local scolaire ou la moralité du déclarant. Il y a une séparation absolue entre les fonctions d'opposant et celles de juge de l'opposition, séparation exigée par la compétence exclusive du maire et de

(1) Décret, 18 janvier 1887, art. 164.
(2) C. sup., 24 juillet 1903, Girard, III, 365.
(3) Voir Schmit, *op. cit.*, t. III, p. 75.
(4) Si le déclarant a connaissance de la décision du Conseil départemental avant la notification, il n'est pas obligé d'attendre cette dernière pour faire appel.

l'inspecteur. Le Conseil départemental est donc lié par l'acte d'opposition, il n'a le droit de porter son attention que sur la régularité de cet acte et son contenu ; une seule chose rentre dans la sphère de ses attributions, l'examen, tant au point de vue de la forme que du fond, de l'acte concret d'opposition, tel qu'il est, avec toutes ses modalités et tous ses motifs, mais avec eux seulement.

En ce qui concerne la forme, le Conseil départemental recherche si l'acte d'opposition qui lui est déféré satisfait à toutes les conditions légales eu égard au délai, à la notification, etc. En cas de nullité, le Conseil départemental se borne à la prononcer sans passer à l'examen du fond ; on n'a pas à statuer sur une chose inexistante. En second lieu, le Conseil départemental veille à ce que les auteurs de l'opposition n'aient pas outrepassé les limites de leur compétence. Lorsqu'il leur sera arrivé d'invoquer à l'appui de l'opposition des motifs étrangers à leurs attributions, ces motifs fussent-ils réels, le Conseil départemental annule l'opposition et en donne mainlevée, parce qu'elle est illégale, n'ayant pas été formée dans l'un des buts pour lesquels la loi l'a instituée. Si le Conseil départemental négligeait de le faire, sa décision serait elle-même annulée en appel pour fausse application de la loi (1). Rien n'empêche du reste le Conseil départemental de faire un tri parmi les différents motifs de l'opposition, de rejeter les uns avant tout examen comme excédant la compétence des opposants, et de conserver les autres.

En troisième lieu, le Conseil départemental vérifie le bien fondé des motifs retenus de l'opposition ; pour cela, il recherche d'abord si les faits invoqués dans l'opposition sont vrais, puis, à supposer qu'ils le soient, s'ils sont suffisants pour motiver la confirmation de l'opposition. Cette vérification, qui est avant tout une question de fait, a lieu suivant plusieurs règles dictées par le souci de maintenir le Conseil départemental dans son rôle strict de juge de l'opposition.

1° *Le Conseil départemental doit examiner tous les motifs invoqués dans l'acte d'opposition, mais il ne peut leur en adjoindre*

(1) C. sup., 22 juillet 1908, Parent, IV, 161.

aucun autre, fût-il bien fondé. S'il en était autrement, ce ne serait plus seulement l'acte d'opposition que le Conseil départemental jugerait, ce serait la convenance elle-même du local ou la moralité de l'instituteur ; cela reviendrait en quelque sorte à greffer sur les oppositions des maire et inspecteur, au profit du Conseil départemental, un nouveau droit d'opposition que la loi ne lui reconnaît pas. C'est ainsi que, formant opposition à l'ouverture projetée de l'école de filles de M^lle^ Salonon, l'inspecteur de Haute-Savoie invoquait l'existence de canalisations qui avaient pour conséquence possible de priver l'école d'eau ; or, le Conseil départemental, au lieu d'examiner ce motif, maintint l'opposition, en se basant sur ce que l'approvisionnement en eau de l'école, n'étant pas assuré par contrat, était précaire et révocable ; le Conseil supérieur annula cette décision (1). Pour la même raison, le Conseil départemental doit étudier le motif de l'opposition dans les conditions précises formulées par l'opposant ; le Conseil supérieur a été amené à énoncer cette règle dans les circonstances suivantes. Le maire de Rochecorbon (Indre-et-Loire) avait fait opposition à l'ouverture de l'école de M^lle^ Tessier, sous prétexte que la santé des élèves était mise en danger *l'été* par des courants d'air froid partant de caves voisines et se répandant aux abords de l'école. Le Conseil départemental ne s'étant pas borné à examiner si ce motif d'opposition était fondé *l'été,* a vu sa décision annulée en appel (2). En cette matière, il semble, d'après les arrêts Tessier et Abbati cités, que le Conseil supérieur ait une tendance à prononcer la nullité sans évoquer l'affaire ; nous n'en voyons pas la raison dans sa théorie des nullités (voir chap. suivant).

2° *L'opposant ne peut, devant le Conseil départemental, invoquer aucun moyen nouveau ;* s'il le fait, le Conseil départemental doit repousser ce moyen. En effet, au moment où le Conseil départemental juge, le droit des opposants est périmé ; ils n'ont par conséquent pas la possibilité de former une opposition supplémentaire pour un motif nouveau. Et à supposer même — ce

(1) C. sup., 10 décembre 1903, Salonon, III, 358 ; voir aussi 4 décembre 1903, Abbati, III, 348.

(2) C. sup., 21 juillet 1899, Tessier, II, 118.

qui sera rare — que le délai accordé à l'inspecteur pour faire opposition ne soit pas entièrement écoulé, et que le Conseil supérieur admette le fractionnement du droit d'opposition sur une seule déclaration, encore faudrait-il que le moyen nouveau soit notifié au déclarant comme une véritable opposition qui ferait courir des délais particuliers. Le Conseil doit donc repousser les moyens nouveaux invoqués devant lui ; s'il les accueillait, il ne se bornerait pas à juger l'opposition, mais en fait il examinerait le bien fondé d'une seconde opposition occulte et irrégulière. Le Conseil supérieur applique strictement cette règle, décidant notamment que le fait d'avoir ouvert l'école avant l'expiration du délai légal ne peut servir à justifier une opposition antérieurement formée à raison d'autres motifs (1).

3° *Le Conseil départemental doit lever ou maintenir purement et simplement l'opposition.* Il ne peut subordonner sa décision ni à un terme ni à une condition. En application de ce principe, le Conseil supérieur annula par exemple un jugement du Conseil départemental de Savoie qui maintenait l'opposition pour un certain temps ; l'opposition étant fondée sur l'humidité de l'école, les juges du premier degré avaient estimé qu'elle cesserait au bout d'un certain temps et qu'il convenait de ne maintenir l'opposition que pour cette période (2). Le Conseil supérieur annula de même une décision du Conseil départemental de Haute-Garonne qui avait subordonné la mainlevée de l'opposition à un engagement par lequel le déclarant promettait de prendre diverses mesures en vue de protéger l'école contre l'insalubrité d'une porcherie voisine (3). Cette jurisprudence doit être approuvée parce que, d'une part, le Conseil départemental serait par la suite incapable de connaître si ses prescriptions ont été observées. D'autre part, en admettant que l'administration puisse, en cas de non-observation des conditions stipulées, sévir contre l'instituteur, il n'en resterait pas moins que l'opposition, ayant avant tout un rôle préventif, n'aurait pas répondu à sa destination

(1) C. sup., 27 décembre 1906, Noyer, IV, 160. Sur ce point, voir chapitre précédent, section II.

(2) C sup., 28 décembre 1888, Exartier, I, 249.

(3) C. sup., 28 décembre 1892, Lafage, I, 253. Voir aussi 24 mars 1887, Rescanières, I, 245.

légale. Enfin, ce faisant, le Conseil départemental sortirait de ses attributions strictement limitées au rôle de juge de l'opposition, en ajoutant à cette dernière un terme ou une condition alors qu'elle n'en comporte pas.

4° *Le Conseil départemental doit, pour apprécier la valeur de l'opposition, se placer au moment de la déclaration d'ouverture* (1). C'est un des points les mieux établis de la jurisprudence du Conseil supérieur (2). Si, à cette époque, le local scolaire présentait les inconvénients relevés dans l'opposition et si ces inconvénients étaient sérieux, l'opposition est fondée ; par conséquent, il importe peu qu'il y ait été remédié depuis, car le maire et l'inspecteur, en formant opposition, n'avaient à prendre en considération que le local tel qu'il se trouvait au moment de la déclaration et on ne saurait donner mainlevée d'une opposition qui était justifiée quand elle s'est produite. Le déclarant qui a paré depuis cette opposition aux défauts de son installation scolaire, agira donc sagement en faisant aussitôt une seconde déclaration.

Cette jurisprudence, pour solide qu'elle soit, n'échappe pas à certains reproches (3). Il convient de discuter les raisons que l'on fait valoir en sa faveur.

On dit tout d'abord que permettre au Conseil départemental d'apprécier si de nouveaux travaux ont mis l'école en état, c'est, contrairement à la loi, lui conférer en fait le droit de faire opposition pour motifs tirés de ces travaux. Nous ne le pensons pas. De deux choses l'une : ou le local, après réfection, ne présente plus les inconvénient signalés dans l'opposition et cette dernière ne devrait pas être maintenue ; ou ces travaux laissent subsister ces inconvénients et l'opposition reste fondée. Il n'y a là aucun droit d'opposition. Que le Conseil départemental envisage le local au moment de la déclaration ou plus tard, dans les deux cas il res-

(1) La terminologie du Conseil supérieur varie ; dans l'affaire Lambert (16 février 1910, IV, 155), elle implique, par exemple, que le local doit être en état le jour de la déclaration ; au contraire, dans d'autres arrêts (C. sup., 21 mars 1911, Descours, IV, 106), elle implique que le local doit être pris en considération au moment de l'opposition seulement. Le plus prudent pour les instituteurs est donc de tenir leur local tout prêt pour le jour de la déclaration.

(2) C. sup., 22 juillet 1899, Rivière, II, 119 ; 22 décembre 1904, Lemoule, III, 167 ; 21 mars 1911, Descours, IV, 106.

(3) Compayré, *op. cit.*, p. 130 ; Rivet, *op. cit.*, p. 199.

pecte l'opposition et se livre à la même opération qui consiste à confronter les vices réels du local avec ceux qui lui sont reprochés. La seule différence réside dans le moment choisi pour effectuer cette comparaison ; mais elle ne change pas la nature ni la portée du contrôle du Conseil départemental.

Il est vrai que la difficulté est de préciser ce moment. Sans doute, si le Conseil départemental devait se placer au moment où il statue, cela pourrait rendre inutiles toutes les mesures d'instruction et nécessiter un supplément d'information qui pourrait entraîner la caducité de l'opposition. Mais n'y aurait-il pas un moyen terme ? Ne pourrait-on fixer, par exemple, à la date où le rapporteur est nommé ou commence l'instruction (1), l'époque à laquelle devra se placer le Conseil départemental pour apprécier l'opposition ? Cela serait extrêmement favorable aux déclarants, sans que cela rende pour autant illusoire le droit du maire et de l'inspecteur puisque l'opposition recevrait l'exécution provisoire qu'elle mérite. La mainlevée de l'opposition dans ces conditions ne constituerait pas non plus un blâme pour ces fonctionnaires, car l'opposition, fondée au début, peut ne plus l'être dans la suite. De plus, l'hygiène et les bonnes mœurs y trouveraient leur compte : si, en effet, l'opposition n'est pas maintenue, c'est que les défectuosités qui la basaient n'existent plus. Nous ajouterons encore qu'il est constant, dans la pratique judiciaire de droit commun, de tenir compte des changements qui se sont produits depuis la demande introductive d'instance : pourquoi n'en serait-il pas ainsi dans la mesure du possible en matière d'opposition ? Enfin, à ceux qui argueraient de la difficulté de supputer les conséquences de travaux en cours, nous répondrons que cette difficulté, relative, peut tout aussi bien se rencontrer dans l'autre système, si les travaux ne sont pas achevés au moment de la déclaration d'ouverture.

La jurisprudence du Conseil supérieur présente un autre incon-

(1) Il est arrivé au Conseil supérieur de motiver le maintien d'une opposition par le fait que les réparations indispensables n'avaient pas été faites au moment de l'opposition et de la visite du rapporteur. (C. sup., 19 juillet 1906, Mariotti, IV, 193). Si cet arrêt n'indiquait pas un revirement dans la jurisprudence du Conseil supérieur, il montre du moins dans quel sens plus favorable elle pourrait sur ce point être modifiée.

vénient, extrêmement grave, que M. Jules Auffray (1) prévoyait déjà en 1887, à savoir celui de favoriser les oppositions abusives sur une seconde déclaration. Confirmer une opposition dont le bien fondé n'existe plus, c'est, en effet, obliger l'instituteur à faire une nouvelle déclaration, sans que rien le garantisse contre une seconde opposition, arbitraire celle-là. On pouvait bien supposer que, le local étant en état, aucune opposition ne surgirait. Mais ce n'était pas compter avec l'esprit tracassier des opposants, et les prévisions de M. Jules Auffray ne tardèrent pas à se vérifier. Dans l'affaire Labadie, le Conseil supérieur n'avait pas tenu compte des travaux exécutés depuis l'opposition ; Mme Labadie dut donc faire une seconde déclaration qui fut aussitôt suivie d'une opposition du maire, alléguant que « les plâtres étaient non pas plus secs, mais seulement durcis par un chauffage exagéré et que l'humidité enfermée par les enduits dans les gros murs subsistait toujours ». Cette opposition fut levée par le Conseil départemental ; mais le maire était tenace, et malgré sa promesse publique de s'incliner devant le jugement du Conseil départemental (2) il fit appel et ne se résigna sans doute que contraint devant la mainlevée de l'opposition par le Conseil supérieur. Du fait de la jurisprudence du Conseil supérieur, l'ouverture de l'école avait été retardée de longs mois (3).

La règle que nous préconisons devrait également s'appliquer pour les mêmes motifs au Conseil supérieur : la juridiction d'appel n'est pas tenue d'en rester pour l'appréciation des faits d'une cause à l'époque où a statué le tribunal de première instance, surtout là où il n'y a aucun droit acquis au profit de tiers par le premier jugement. Il serait donc à souhaiter que le Conseil supérieur se place, lui aussi, au début des mesures d'instruction que sa commission des affaires contentieuses entreprend, pour apprécier le bien fondé de l'opposition.

(1) Dans sa plaidoirie, affaire Bouillard, 24 décembre 1887, *Bull. Soc. gén. d'éduc.*, 1888, p. 48 et suiv.

(2) S'adressant au Conseil départemental, le maire disait : « Croyez, Messieurs, que je m'inclinerai très respectueux devant votre jugement, tranquille avec ma conscience et convaincu d'avoir fait mon devoir. » Dans *Bull Soc. gén. d'éduc.*, 1888, p. 600.

(3) Premier arrêt Labadie, 26 décembre 1887, *Bull. Soc. gén. d'éduc.*, 1888, p. 59 ; second arrêt Labadie, 19 juillet 1888, *Bull. Soc. gén. d'éduc.*, 1888, p. 600.

*
* *

La procédure d'opposition devant le Conseil départemental présente trois caractères généraux : 1° c'est une procédure obligatoire : ce point a été mis en lumière et nous n'avons pas d'observations complémentaires à faire à ce propos ; 2° c'est une procédure administrative, parce que la loi a choisi le juge universitaire de préférence au juge civil ; 3° c'est une procédure contentieuse, et non pas un recours gracieux ou hiérarchique. Il y a lieu d'appuyer sur ceci parce que, malgré quelques apparences, il est contestable que la procédure d'opposition devant le Conseil départemental soit de tous points conforme à la notion d'affaire contentieuse. Là est la cause de la défectuosité du recours devant le Conseil départemental.

Il n'est pas douteux tout d'abord que la loi ait eu la volonté d'instituer un véritable procès mettant l'une et l'autre parties sur le pied d'égalité et de charger un tribunal indépendant et impartial de départager les plaideurs. C'est la loi du 30 octobre 1886 elle-même qui dénomme (art. 44 *in fine*) « affaires contentieuses » les jugements d'opposition. En outre, on se rappelle peut-être la réplique du rapporteur de la loi aux parlementaires (1) qui demandaient la suppression du droit d'appel des opposants : suivant lui, le jugement de l'opposition était une affaire purement contentieuse, à propos de laquelle il aurait été injuste de dénier le droit d'appel à l'une des parties en présence.

Il s'agit de savoir si cette conception a été pleinement réalisée par la loi. Dans une large mesure, la procédure dont nous venons d'exposer le mécanisme, revêt le caractère contentieux : le délai de rigueur dans lequel l'opposition doit être jugée, la consécration expresse des droits de la défense, la nécessité d'un débat contradictoire, l'obligation de convoquer aux séances du Conseil départemental le représentant de l'enseignement privé, la nécessité pour le Conseil de motiver ses décisions et de borner son examen à l'acte concret d'opposition, sont autant de garanties pour les instituteurs privés.

(1) Voir Historique, chapitre V.

Néanmoins, contrairement aux intentions du législateur, le Conseil départemental n'est pas un tribunal dans toute l'acception du terme : l'élément politique — préfet, conseillers généraux — y est prépondérant ; l'inspecteur d'académie, même s'il est opposant, y siège et dispose d'une voix ; on devine aisément quelle influence peut avoir sa seule présence sur les membres du Conseil qui sont ses subordonnés hiérarchiques, à savoir sur les représentants de l'enseignement public. L'obligation de voter publiquement enlève à ceux-ci toute indépendance.

Il n'est donc pas étonnant que les garanties accordées à l'enseignement privé soit en partie neutralisées par les dispositions que nous signalons. Cela ressort avec évidence du nombre des décisions de conseils départementaux cassées en appel (1). Cela ressort également de la complaisance manifeste de ces conseils vis-à-vis des inspecteurs d'académie ; alors que les oppositions des maires sont assez fréquemment infirmées par les conseils départementaux, celles de l'inspecteur le sont très rarement ; ce qui le prouve, c'est le nombre infime d'appels émanant de l'inspecteur : nous en avons relevé *un* seulement de 1889 à 1911. Par contre, les conseils départementaux sont plus indépendants vis-à-vis des maires, comme en témoigne le chiffre d'appel des maires : mais ceci ne corrige pas cela. La réforme du Conseil départemental s'impose donc avec urgence si l'on veut faire de ce conseil un vrai tribunal indépendant et impartial.

(1) Voici un petit tableau indiquant, de 1887 à janvier 1920, le nombre des décisions contentieuses des conseils départementaux infirmées et confirmées en appel : de 1887 à 1911, nous nous sommes référé aux chiffres de Schmit, *op. cit.*, t. I, II, III, IV, préfaces, p. VI. De 1911 à 1920, nous avons fait nous-même la statistique.

PÉRIODES ALLANT	DÉCISIONS INFIRMÉES EN APPEL	DÉCISIONS CONFIRMÉES EN APPEL
De 1887 à 1899	86	55
De 1899 à 1902	25	39
De 1902 à 1905.	169	177
De 1905 à 1911.	62	57
De 1911 à janvier 1920.	57	49
TOTAUX. . . .	399	377

CHAPITRE III

De l'appel devant le Conseil supérieur de l'Instruction publique.

DE L'INTERJECTION DE L'APPEL

Le droit d'appel appartient : 1° au maire, s'il est l'auteur de l'opposition ; dans le cas contraire, il n'a pas à intervenir dans une procédure à laquelle il est étranger ; 2° à l'inspecteur d'académie, dans les mêmes conditions ; 3° au déclarant, ce qui va de soi, puisqu'il est en toute hypothèse partie à l'affaire et a intérêt à contester la validité du jugement du Conseil départemental s'il confirme l'opposition. Pour ces trois catégories de personnes, le droit d'appel est soumis à un délai uniforme de dix jours, à partir de la notification de la décision du Conseil départemental. L'appel postérieur à ce délai n'est pas recevable (1) et n'empêche pas le jugement du Conseil départemental de devenir définitif.

Ce délai n'est pas suspensif ; par conséquent, tant que l'appel n'est pas formé, le jugement du Conseil départemental est exécutoire ; s'il confirme l'opposition, l'école ne peut s'ouvrir ; s'il en donne mainlevée, l'école peut être ouverte immédiatement (2). En ce qui concerne l'appel lui-même, il empêche toujours, quel que soit son auteur, l'ouverture de l'école : « En aucun cas, dit l'article 39 (loi de 1886), l'ouverture ne pourra avoir lieu avant la décision d'appel. » Cela revient à dire pratiquement que l'appel est suspensif s'il émane du maire ou de l'inspecteur, car ils ne feront jamais appel d'une décision confirmant l'opposition : alors l'école devra attendre la décision d'appel pour s'ouvrir ou se fermer si elle a été ouverte pendant le délai d'appel. L'appel de

(1) C. sup., 20 mars 1911, Cathala, IV, 200.
(2) Orléans, 21 février 1888, Gendron, S. 88, II, 81.

l'instituteur, au contraire, n'a pas d'effets suspensifs ; le jugement confirmant l'opposition reçoit exécution, malgré l'appel. L'instituteur qui ouvrirait quand même son école ou ne la fermerait pas, tomberait sous le coup de l'article 40 de la loi du 30 octobre 1886 (sauf le cas où l'opposition elle-même serait caduque).

L'appel de l'instituteur et du maire est reçu au bureau de l'inspection académique, qui doit en délivrer récépissé ; en cas de refus, on y suppléerait par un exploit d'huissier. L'inspecteur d'académie forme appel par une décision qu'il notifie à la partie intéressée. Dans le plus bref délai, l'inspecteur fait parvenir au préfet la déclaration d'appel qu'il a reçue ou la décision qu'il a prise. Le préfet adresse ces pièces au ministre de l'instruction publique, qui en saisit le Conseil supérieur ; le préfet y joint le dossier de l'affaire (1).

La faculté de l'inspecteur et du maire d'interjeter appel a été vivement critiquée (2) ; certains maires, surtout, abusent fréquemment de leur droit d'appel, dans le but unique de retarder l'ouverture de l'école. Sans doute, ils sont mieux à même que personne de savoir que leur appel n'a aucune chance d'aboutir ; qu'importe ? puisque l'appel suspend toujours l'ouverture de l'école, leur sectarisme trouve tout de même son compte à faire appel. Rappelons, à ce propos, le cas très frappant du maire de Lille qui, non content de faire systématiquement opposition, interjetait appel avec non moins de persévérance de tous les

(1) Les pièces essentielles du dossier à transmettre sont les suivantes : la déclaration d'ouverture, le plan du local, l'opposition du maire ou de l'inspecteur, la copie de la notification de l'opposition à l'intéressé, l'arrêté préfectoral désignant le rapporteur de l'affaire, la copie de la citation à comparaître devant le Conseil départemental, la copie de la convocation du ou des membres de l'enseignement privé, les mémoires et certificats produits devant le Conseil départemental s'il y a lieu, la délibération du Conseil départemental, l'appel au Conseil supérieur : les mémoires et certificats produits à l'appui de l'appel s'il y a lieu (Circ. 31 mai 1889).

(2) M. Chesnelong, au Sénat (séance du 18 février 1886 au *Journal officiel*, p. 216 et suiv.), a pu soutenir, et non sans vraisemblance, que le droit d'appel des maires et inspecteurs était superflu au point de vue des droits de la puissance publique en matière scolaire : d'une part, en effet, les inspecteurs ont toutes les facilités pour faire prévaloir leur avis au sein du Conseil départemental ; d'autre part, si l'opposition du maire est tant soit peu justifiée, elle sera tout naturellement appuyée par l'inspecteur devant le Conseil départemental. En conséquence, seul le déclarant a besoin de l'appel pour la sauvegarde de ses droits,

jugements du Conseil départemental du Nord qui lui étaient défavorables (1).

PROCÉDURE DEVANT LE CONSEIL SUPÉRIEUR

Le Conseil supérieur se réunit en assemblée générale deux fois par an ; la date et la durée de chaque session sont fixées par arrêté ministériel. L'opposition, qui a fait l'objet d'un appel, est soumise au Conseil supérieur dans la plus proche session, et elle est jugée dans le plus bref délai (art. 39, loi de 1886). Mais, comme le Conseil supérieur ne se réunit que deux fois par an et que la plus prochaine session peut être trop chargée, il en résulte que les affaires soumises à la juridiction du Conseil supérieur subissent souvent un assez long retard ; l'intervalle écoulé entre la décision du Conseil départemental et celle du Conseil supérieur varie d'un à six mois ; on cite même des affaires qui ont subi une attente d'un an (2).

On saisit ici sur le vif le vice fondamental de la procédure d'opposition. L'arbitraire du maire et de l'inspecteur reçoit un premier contrôle, qui n'est pas absolument négligeable, du Conseil départemental ; l'arbitraire du Conseil départemental, à son tour, possède un juge sérieux dans le Conseil supérieur, dont l'esprit d'équité est digne d'éloge. Mais ce mécanisme, parfait en apparence, est lent ; il comporte de tels délais qui s'ajoutent les uns au bout des autres, que la mauvaise volonté d'un maire ou d'un inspecteur est capable d'empêcher pendant de longs mois l'ouverture de l'école. Prenons l'hypothèse suivante : l'inspecteur forme opposition à la fin du délai d'un mois qui lui est imparti ; le Conseil départemental rend sa décision dans le mois ; l'inspecteur interjette appel dans les dix jours de la notification du jugement ; voilà déjà deux mois de perdus, auxquels il faut joindre le temps qui s'écoule entre l'appel et la prochaine session du Conseil supérieur, et qui varie d'un à six mois. En supposant

(1) C'est ainsi qu'en deux mois il interjeta appel dix fois, dont neuf sans succès (*Bull. Soc gén. d'éduc.*, 1903, p. 171), et que plus tard, recommençant la même tactique, il eut neuf appels rejetés sur neuf. (*Bull. Soc. gén. d'éduc.*, 1904, p. 689).

(2) Schmit, *op. cit.*, t. I, p. 14.

que le Conseil supérieur statue dans cette session, comme il est de règle (décret du 11 mars 1898, art. 8), c'est donc un retard de trois à huit mois imposé au déclarant. Sans doute, si l'opposition n'est pas fondée, le Conseil supérieur en donne mainlevée ; mais qui peut calculer le préjudice subi par une école dont l'ouverture a été ainsi différée?

Quoi qu'il en soit, voici d'après quelle procédure sont jugés les appels devant le Conseil supérieur. Le ministre, qui est en même temps le président de droit du Conseil supérieur, saisit celui-ci des appels dont il a reçu communication par l'intermédiaire des préfets, en faisant distribuer aux membres du Conseil, au début de chaque session, le bordereau des affaires en cours. Les appels doivent en outre être inscrits au secrétariat du Conseil, suivant leur date d'arrivée, sur un registre spécial (décret du 11 mars 1898, art. 3 et 8).

L'instruction est dirigée par la commission des affaires contentieuses. La session n'ayant pas une durée très longue, le ministre a la faculté de convoquer la commission avant l'ouverture des sessions (déc. cité, art. 9), pour qu'elle ait le temps d'instruire sérieusement les affaires. La commission instruit les affaires par tous les moyens qu'elle juge propres à l'éclairer; elle examine d'abord le dossier de première instance, qui lui fournira parfois toutes indications utiles, elle fera comparaître les parties devant elle, elle ordonnera une enquête, etc. ; en un mot, elle jouit de pouvoirs illimités pour se rendre compte du bien fondé de l'appel. En tous cas, toutes les mesures d'instruction aboutissent nécessairement à la rédaction d'un rapport écrit, sans lequel toute la procédure serait viciée et nulle.

Le rapport, ainsi que les pièces du dossier, sont déposés au secrétariat du Conseil supérieur par le rapporteur au moins un jour franc avant le jour fixé pour la délibération (déc. cité, art. 10). Ce délai, très court, est en effet strictement nécessaire pour que les membres du Conseil viennent prendre connaissance du dossier s'ils le veulent.

Quant au déclarant et à son conseil, ils ont le droit d'exiger communication sur place et des dossiers de première instance, aussitôt après leur inscription au secrétariat du Conseil, et du

dossier d'appel, y compris le rapport, dans le délai d'un jour franc précité. Cette communication des dossiers aux parties et à leur conseil n'a pas lieu d'office, elle doit être demandée ; par conséquent, si elle n'a pas eu lieu parce que les parties ne l'ont pas réclamée, la procédure est régulière ; au contraire, si elle était refusée, la décision ultérieure du Conseil serait annulable parce qu'il y aurait eu atteinte aux droits essentiels de la défense.

Au jour fixé, devant le Conseil réuni (1) et en l'absence des parties, la commission donne lecture de son rapport par l'organe d'un de ses membres. Puis, sur convocation, la partie et, si elle en fait la demande, son conseil sont entendus dans leurs observations orales ; ils peuvent également présenter des mémoires écrits (loi du 27 février 1880, art. 11 ; décret du 11 mars 1898, art. 10). L'audition des parties est nécessaire, ou tout au moins leur convocation, parce qu'aux termes de l'article 39 (loi de 1886), l'appel de l'opposition doit être jugé contradictoirement.

La partie et son conseil se retirent ensuite et le président met l'affaire en délibération. Pour que la délibération soit valable, il faut que la moitié plus un des membres du Conseil soient présents (déc. cité, art. 12). On remarquera qu'à la différence de ce qui se passe pour le Conseil départemental, aucun texte n'exige que les membres de l'enseignement privé, qui font partie du Conseil supérieur, soient convoqués pour le jugement des appels intéressant l'enseignement libre.

Après la délibération, le Conseil statue à la majorité absolue des voix. S'il y a partage, on remet l'affaire en délibération, après avoir au préalable convoqué spécialement les membres absents lors de la première délibération. S'il y a de nouveau partage, la voix du président est prépondérante. Les décisions sont prises au scrutin secret (déc. cité, art. 14).

Si les parties ne se présentent pas, quoique régulièrement convoquées, le Conseil statue sans les avoir entendues. Pas plus que devant le Conseil départemental il n'y a de procédure par défaut devant le Conseil supérieur. Si l'intéressé a négligé de comparaître, le Conseil se borne à le consigner dans le libellé de sa décision.

(1) Les séances du Conseil supérieur ne sont pas publiques (déc. cité, art. 17).

L'ARRÊT D'APPEL ET SA NOTIFICATION

Bien que le décret du 11 mars 1898 (art. 15) n'exige nommément que la mention suivante : « à la majorité absolue, la moitié plus un des membres du Conseil étant présents », les arrêts du Conseil supérieur contiennent d'habitude, outre la signature du président : 1° le visa des textes applicables, des pièces du dossier et des principales phases de l'affaire ; 2° les motifs de la décision : les arrêts du Conseil supérieur sont généralement motivés ; certains, assez nombreux, le sont parfois très sommairement (1) et se bornent à constater que le motif allégué dans l'opposition est mal fondé, insuffisant ou suffisant ; d'autres décisions, très rares, ne sont même pas motivées du tout (2) : on peut se demander jusqu'à quel point elles sont régulières ; 3° le dispositif proprement dit de l'arrêt (3).

Les décisions du Conseil supérieur sont publiées dans le *Bulletin administratif du ministère de l'instruction publique,* et rien ne s'oppose à leur reproduction par la voie de la presse. Quant aux procès-verbaux des séances, ils sont signés par le président et le secrétaire et conservés au secrétariat du Conseil ; une copie, certifiée conforme par le secrétaire, y est transcrite sur un registre spécial. Ces procès-verbaux ne doivent pas être rendus publics,

(1) C. sup., 19 juillet 1888, Coulle, I, 265.

(2) C. sup., 19 juillet 1888, Labadie, I, 264 ; 27 décembre 1888, Carnac, I, 265.

(3) A titre d'indication, voici le libellé-type d'un arrêt du Conseil supérieur en matière d'opposition :

« Vu la déclaration faite le....., par... , à l'effet d'ouvrir une école privée (nature de l'école) à..... ;

» Vu l'opposition formée à l'ouverture de cette école le....., par..... ;

» Vu la décision du Conseil départemental du (département) en date du....., confirmant ou donnant mainlevée de l'opposition ;

» Vu l'appel formé contre cette décision le ...., par. ... ;

» Vu les articles 44 et 49 de la loi du 30 octobre 1886 ;

» Vu les articles (différents suivant qu'il s'agit d'un externat et d'un internat primaire, d'une école primaire supérieure, d'une des écoles désignées à l'article 43 (loi 1886) ou d'un cours d'adultes) ;

» Vu le décret du 18 janvier 1887, articles 158 et suivants ;

» Vu le décret du 11 mars 1898 ;

» Ensemble les pièces du dossier... »

Suivent les attendus et le dispositif proprement dit de l'arrêt.

à moins d'une décision spéciale du ministre ; mais il en est donné un compte rendu analytique dans le *Bulletin administratif*.

La décision du Conseil supérieur est notifiée à l'intéressé par les soins du ministre, qui a recours à l'intermédiaire du préfet ; aucune forme spéciale n'est exigée pour cette notification, qui peut se faire administrativement. Les textes ne prévoient pas non plus le délai dans lequel elle doit avoir lieu ; il serait à souhaiter que le législateur ou l'autorité réglementaire édicte pour cela un court délai, comme cela a lieu pour le jugement du Conseil départemental.

A cette notification est jointe une expédition de la décision. Les erreurs qui se rencontreraient ne sauraient, en aucun cas, entraîner l'annulation de l'arrêt rendu, s'il a été régulièrement pris et si les formalités essentielles prévues par la loi ont été remplies (1).

EFFETS

Les décisions rendues par le Conseil supérieur en matière d'opposition sont définitives et immédiatement exécutoires, nonobstant le délai du recours en cassation devant le Conseil d'Etat ou même l'existence de ce recours : ce n'est qu'une application particulière de la règle générale suivant laquelle le pourvoi en cassation, pas plus que les recours au Conseil d'Etat, n'a d'effet suspensif. Par conséquent, si le Conseil supérieur a maintenu l'opposition, l'école ne peut s'ouvrir légalement, et si l'on persiste dans l'intention d'ouvrir l'école, il faut obvier aux inconvénients reconnus par le Conseil supérieur, faire une nouvelle déclaration et recommencer toute la procédure. Si le Conseil supérieur donne ou confirme mainlevée de l'opposition, l'école s'ouvre licitement sans autres formalités.

COMPÉTENCE

Le Conseil supérieur jouit d'une compétence très large : il a qualité pour statuer sur les exceptions qui viendraient à être

(1) C. d'Et., 24 avril 1875, Potdevin, S. 1877, II, 94.

proposées touchant la recevabilité de l'appel, la régularité de l'instruction ou de la procédure devant le Conseil supérieur.

En outre, le Conseil supérieur examine si le jugement du Conseil départemental qui lui est déféré est régulier en la forme. S'il l'est, le Conseil supérieur passe à l'examen au fond du jugement et, à vrai dire, cet examen se confond avec celui de l'acte d'opposition; en effet, lorsque le jugement porté par le Conseil supérieur sur cet acte coïncidera avec celui du Conseil départemental, la décision de ce dernier sera valable. Dans ce cas, le jugement du Conseil départemental, soit qu'il maintienne l'opposition, soit qu'il en donne mainlevée, sera confirmé. Dans le cas contraire, il sera annulé, soit parce qu'il a confirmé une opposition mal fondée ou annulable pour vice de forme, soit parce qu'il a donné mainlevée d'une opposition bien fondée et régulière en la forme. La validité de l'acte d'opposition est examinée par le Conseil supérieur suivant les mêmes règles que celles qui régissent le Conseil départemental : nous y renvoyons le lecteur.

On conçoit que le Conseil supérieur ne puisse statuer que si l'affaire est en état, ce qui a généralement lieu; toutefois, lorsqu'elle ne l'est pas, il ordonne un supplément d'information et ajourne sa décision à une autre session (1). Cela lui est permis, parce qu'à l'inverse de ce qui a lieu pour le Conseil départemental, aucun délai de rigueur n'est imposé au Conseil supérieur; il doit simplement rendre sa décision « dans le plus bref délai possible » (art. 39, loi 1886).

Si le Conseil départemental a violé une des formalités essentielles, le Conseil supérieur annule sa décision et évoque l'affaire. Cependant, dans l'hypothèse où le Conseil départemental a statué après le délai légal, le Conseil supérieur s'abstient d'évoquer l'affaire, parce que la nullité n'atteint pas seulement le jugement du Conseil départemental, mais aussi l'acte d'opposition lui même. L'évocation n'est autre chose que le jugement par le Conseil supérieur de l'opposition aux lieu et place du Conseil départemental suivant les mêmes règles; c'est une simplification de la procédure permettant au Conseil supérieur de statuer sur le fond

(1) C. sup., 28 décembre 1894, Forget, I, 258 ; C. sup., 12 février 1914, Houry, *Bull. administ.*, t. I, p. 239 et suiv., n° 1046.

sans avoir renvoyé (1) au préalable l'affaire devant le juge de premier ressort (2).

La compétence du Conseil supérieur est donc très vaste, puisqu'elle s'étend à toute la procédure d'opposition; c'est lui qui, en dernier ressort, interprète la loi, la complète, en assure l'exécution. La charpente de l'opposition, si l'on peut dire, est bien l'œuvre du législateur, mais l'édifice doit son achèvement et la plupart de ses avantages au Conseil supérieur; notre travail n'est guère, en effet, que la codification raisonnée des solutions jurisprudentielles du Conseil supérieur. Nous ne reviendrons pas ici sur toutes les théories émises; il en est une cependant que nous n'avons rencontrée qu'à l'état fragmentaire, il importe d'en donner maintenant la synthèse; nous voulons parler de la théorie des nullités d'après le Conseil supérieur.

Des nullités établies par le Conseil supérieur, les unes atteignent l'opposition elle-même, les autres seulement la décision du Conseil départemental. Les premières (3) aboutissent nécessairement à la mainlevée de l'opposition, parce qu'il est contradictoire de confirmer une opposition nulle. Du reste, la confirmation d'une opposition nulle reviendrait en dernière analyse, après avoir annulé l'opposition originelle, à en former une nouvelle; or, nous avons vu que le maire et l'inspecteur d'académie ont seuls compétence pour s'opposer à l'ouverture d'une école. Le vice radical qui entache l'acte d'opposition n'est donc pas susceptible d'être couvert, il entraîne fatalement la caducité de cet acte, il rend inutile par le fait tout examen du fond par les Conseils universitaires, et impossible toute évocation de l'affaire par le Conseil supérieur, car l'évocation n'est autre chose que l'examen du fond par la juridiction d'appel. En un mot, lorsque l'acte

(1) En cas d'annulation pour vice de forme du jugement du Conseil départemental, le Conseil supérieur n'est pas obligé, bien entendu, d'évoquer l'affaire, bien qu'il le fasse le plus souvent, surtout si l'affaire est en état. Il peut également renvoyer l'affaire pour être jugée à nouveau devant le Conseil départemental. (Voir Schmit, III, p. 2; C. sup., 30 juin 1915, Quilgars, *Bull. administ.*, II, p. 75 et suiv., n° 1063).

(2) C. sup., 29 juillet 1891, Sillier, I, 237.

(3) Ces nullités ont été étudiées précédemment au cours de notre travail, rappelons simplement les principales : nullité pour formation ou notification tardives de l'opposition ; pour absence de motifs dans la notification de l'opposition; pour jugement tardif de l'opposition par le Conseil départemental...

initial de la procédure d'opposition est nul ou cesse d'être acquis (jugement tardif du Conseil départemental), la procédure qui s'engage à sa suite doit normalement aboutir à la simple constatation de cette nullité.

Au contraire, les nullités ne visant que la décision du Conseil départemental sont loin d'avoir des conséquences aussi importantes, et il est à peine exagéré de dire qu'elles constituent des sanctions purement platoniques. Voici pourquoi. Lorsque le jugement du Conseil départemental est seul vicié, son annulation laisse debout l'acte d'opposition; celui-ci, ayant été examiné dans le délai voulu, subsiste jusqu'à la décision d'appel en vertu de son caractère provisoire; il s'ensuit que l'annulation pour vice de forme d'un jugement du Conseil départemental permet l'évocation de l'affaire par le Conseil supérieur qui juge alors l'opposition suivant les règles habituelles (voir compétence du Conseil départemental). Or, supposons que le jugement du Conseil départemental ait été régulier en la forme, le Conseil supérieur n'en aurait pas moins statué sur le fond. On en arrive donc à cette conclusion qu'au point de vue de l'appel, peu importe pour le déclarant la régularité ou l'irrégularité de la décision du Conseil départemental; dans les deux cas, le Conseil supérieur passe à l'examen du fond.

Ces nullités ont des effets disciplinaires plutôt que juridiques. Elles constituent en effet une sorte d'admonestations, d'avertissements engageant les Conseils départementaux à se conformer aux règles de la procédure, faute de quoi ils s'exposent à l'humiliation d'entendre casser leur décision ; il y a là une question d'amour-propre et de bonne tenue dont l'importance n'est pas négligeable. En outre, lorsqu'une nullité est définitivement consacrée par la jurisprudence du Conseil supérieur, le ministre veille par la voie administrative à ce qu'il en soit fait état dans la pratique des Conseils départementaux ; pour ne citer qu'un exemple, la circulaire ministérielle du 31 mai 1889 n'est en grande partie qu'un résumé des règles élaborées par le Conseil supérieur (1).

(1) Les principales nullités de forme des jugements des conseils départementaux ont trait à la désignation du rapporteur, à la confection d'un rapport écrit, à la cita-

En l'absence de texte, le Conseil supérieur avait-il le droit de créer tout ce système de nullités ? Là où elles sont établies dans le but de sauvegarder l'application intégrale d'une disposition impérative de la loi, il ne semble pas que le Conseil supérieur ait excédé les limites de sa compétence (1) ; il s'est borné, dans ces hypothèses, à extraire des textes ce qu'ils sous-entendaient : sans ces nullités, la loi fût restée lettre morte. Quant aux autres nullités, leur légalité est plus contestable ; aux termes de l'article 1030 du Code de procédure civile, « aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi ». Remarquons toutefois que la rareté et la concision des textes relatifs à la procédure devant les conseils universitaires conduisent à reconnaître à ces derniers une plus large initiative qu'aux tribunaux civils : l'anarchie régnerait vite sans règles ou avec des règles non sanctionnées La modération et la sagesse du Conseil supérieur enlève d'ailleurs tout sujet de crainte relativement à l'abus possible de ces nullités extra-légales. Remarquons, pour terminer, que toutes ces nullités sont établies dans l'intérêt du déclarant, c'est-à-dire de la liberté d'enseignement, et nous verrons que malgré cela l'opposition fournit encore de trop grandes facilités aux manœuvres arbitraires de certains maires et inspecteurs ; dans ces conditions, on serait mal venu de se plaindre des moyens imaginés par le Conseil supérieur pour sauvegarder les droits de la défense.

*
* *

En concluant notre précédent chapitre, nous avons été assez sévère pour la juridiction du Conseil départemental. Nous ne le serons pas envers le Conseil supérieur qui mérite plus de louanges que de blâmes. Ce qui frappe en lui, c'est son esprit de stricte

tion adressée au déclarant, à la communication du dossier à la défense, à la composition du Conseil départemental, au nombre de membres nécessaire pour qu'il y ait délibération valable, au mode de votation, aux diverses mentions nécessaires du libellé du jugement.

(1) Par exemple, les nullités sanctionnant les délais légaux impartis au maire et à l'inspecteur pour faire opposition, et au Conseil départemental pour juger l'opposition.

équité ; devant lui l'inspecteur d'académie ne jouit d'aucun privilège de fait, pas plus que le maire. Cette différence entre les deux conseils universitaires tient à ce que le Conseil supérieur est éloigné des querelles de clocher ; les choses ne lui apparaissent pas sous l'angle des animosités personnelles ou de parti, il n'a souci que de la légalité. Cela tient aussi à ce qu'en appel l'opposant n'est jamais juge en même temps qu'opposant. Enfin le Conseil supérieur renferme en assez grand nombre des professeurs de lycées ou de facultés dont l'esprit est plus large que celui des membres du Conseil départemental.

Cependant l'institution de l'appel n'est pas exempte de tous défauts. Laissons de côté les erreurs qu'a pu commettre le Conseil supérieur, parce que nous ne les croyons ni plus nombreuses ni plus excessives que celles de n'importe quel tribunal civil ou criminel. La perfection n'est pas de ce monde, dit-on, et nos critiques ne visent que les abus impardonnables, dépassant la limite moyenne de ce qui est tolérable de la part des hommes et des institutions humaines. Peut-être pourrait-on souhaiter néanmoins que des magistrats de carrière représentent au sein du Conseil supérieur l'élément juridique de la nation.

Ce qui est surtout critiquable dans l'appel, ce sont le nombre d'appels injustifiés des opposants et la longueur de la procédure. Or, ni de l'un, ni de l'autre, le Conseil supérieur ne peut être rendu responsable. La longueur de la procédure est imputable aux loi et décrets qui régissent le Conseil supérieur. Quant aux appels injustifiés des opposants, la faute en retombe sur les opposants et sur la loi. Lorsqu'un instituteur fait appel à tort, les droits de la puissance publique ne sont pas lésés car l'opposition continue à être exécutée. Au contraire, l'appel injustifié de l'opposant nuit grandement à l'école, parce qu'elle doit rester fermée jusqu'à la décision du Conseil supérieur ; il est donc tout à fait contraire à la liberté d'enseignement, que les opposants, en fait les maires (1), par des appels interjetés en désespoir de cause,

(1) On sait que les inspecteurs n'ont pas eu lieu, jusqu'à présent, de faire souvent appel, étant donné que les conseils départementaux maintiennent généralement leurs oppositions.

puissent retarder l'ouverture de l'école. Or les maires sont coutumiers du fait : sur 198 appels émanés d'eux (1), 9 seulement ont obtenu gain de cause ; dans 189 cas sur 198, l'école privée a donc dû rester arbitrairement fermée plusieurs mois. Il n'y a qu'un remède à cela : c'est de décider que l'appel ne sera jamais suspensif de l'exécution du jugement du Conseil départemental.

(1) De 1887 à 1911.

CHAPITRE IV

Du recours en cassation devant le Conseil d'Etat (1).

THÉORIE DU RECOURS EN CASSATION

Le Conseil d'Etat est le grand régulateur de toute la machine administrative. C'est à lui que revient en définitive le contrôle juridictionnel de tous les actes et décisions administratives. Les actes de l'autorité administrative relèvent de lui, sauf textes contraires, par le mécanisme du recours pour excès de pouvoir et du recours de pleine juridiction. Un certain nombre de tribunaux administratifs rendent leurs décisions à charge d'appel devant le Conseil d'Etat. Enfin toutes les décisions en dernier ressort des tribunaux administratifs qui ne sont pas soumises à l'appel devant le Conseil d'Etat, peuvent être attaquées devant lui, dans une mesure variable suivant les espèces, par le recours en cassation.

C'est en vertu de cette dernière attribution du Conseil d'Etat que les arrêts rendus en dernier ressort par le Conseil supérieur de l'instruction publique en matière d'opposition sont susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat. La loi du 27 février 1880 (art. 7) qui pose que les décisions du Conseil supérieur sont rendues en dernier ressort, exclut simplement le droit d'appel, mais non le recours en cassation en vertu des principes généraux du droit administratif (2). Cela résulte des débats parlementaires de cette

(1) Bibliographie. — Rodolphe Dareste, *La justice administrative en France*, 1898, p. 181 et suiv. ; *Revue de droit public*, 1906, p. 413 ; Hauriou, *Précis de droit administratif*, 1914, p. 966 ; E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1896, t. I, p. 421 et suiv., t II, p. 580 et suiv. ; R. Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, 1899, p. 228 ; Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1908, p. 924 et suiv. ; Charreyron, *Du recours pour excès de pouvoir*, 1885, thèse Paris, p. 128 et 200 ; Béquet, *Répertoire de droit administratif*, au mot « Instruction publique », nos 198 et 199, etc.

(2) Voir affaires citées *infra*

loi, notamment du dépôt d'un amendement qui stipulait expressément la possibilité de ce recours et qui fut rejeté comme inutile, parce que le recours au Conseil d'Etat dérivait des principes généraux (1).

Ce recours est fondé sur les mêmes textes que le recours pour excès de pouvoir ; ce sont la loi des 7 et 14 octobre 1790 et l'article 9 de la loi du 24 mai 1872. Le premier est ainsi conçu : « Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux, elles doivent être portées au roi, chef de l'administration générale. » Et le second porte : « Le Conseil d'Etat statue souverainement... sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives. »

La généralité de ces textes est telle qu'elle a simplement fourni au Conseil d'Etat un point de départ pour élaborer sa jurisprudence, et c'est en vain qu'on y chercherait la justification de certaines solutions particulières. La doctrine du recours en cassation, comme celle du recours pour excès de pouvoir, est presque uniquement jurisprudentielle : l'histoire du recours pour excès de pouvoir qui s'est formé par accroissements lents et successifs est là pour le démontrer. Aussi ne faut-il pas croire que la théorie du recours en cassation, telle que nous l'exposons, soit nécessairement immuable ; elle peut évoluer encore, sans que rien dans les lois de 1790 et de 1872 y mette obstacle.

DES CAUSES D'OUVERTURE DU RECOURS EN CASSATION

A moins que des textes spéciaux ne prévoient la violation de la loi comme cause d'ouverture à ce recours (2), le Conseil d'Etat interprète strictement l'excès de pouvoir donnant lieu à cassation : le recours en cassation n'est ouvert qu'en cas d'incompétence ou de violation des formes essentielles. Comme aucun texte ne règle le recours en cassation contre les arrêts du Conseil supérieur de l'instruction publique, ceux-ci ne peuvent être déférés

(1) Vanden Meerschaut, *Les juridictions universitaires*, p. 140 et suiv.

(2) Par exemple, la loi du 15 juillet 1889 (art. 32), pour les conseils de révision, et celle du 16 septembre 1807 (art. 17, § 2), pour la Cour des comptes.

au Conseil d'Etat que pour incompétence ou violation des formes essentielles. On sait qu'au contraire le recours pour excès de pouvoir proprement dit admet en outre et dans tous les cas la violation de la loi.

Cette différence est-elle justifiée ? Tout d'abord elle n'est pas imposée par les textes, puisque ce sont les mêmes pour les deux recours. De plus, si quelques lois ont indiqué expressément la violation de la loi comme cause d'ouverture du recours en cassation dans certaines hypothèses limitées, ce n'est pas nécessairement parce qu'elles jugeaient le droit commun insuffisant pour cela, ce pouvait être pour couper court à toute discussion sur ce point ; en d'autres termes, ces textes peuvent tout aussi bien être envisagés comme interprétatifs du droit commun pour les matières spéciales qu'ils régissent que comme dérogatoires au droit commun.

On invoque encore à l'appui de la jurisprudence du Conseil d'Etat une considération d'ordre pratique, suivant laquelle les décisions soumises en recours en cassation ont déjà fait l'objet de débats contradictoires en premier ressort et en appel ; on en conclut qu'elles présentent toutes les garanties d'être conformes à la loi et qu'il serait à la fois inutile et contraire à la marche de la justice de rouvrir le débat en droit dans toute son ampleur devant le Conseil d'Etat. L'intention de la loi aurait été vraisemblablement de réduire le Conseil d'Etat au rôle de gardien des principes élémentaires et incontestés de la légalité, c'est-à-dire des règles de compétence et de forme.

Cet argument, dont la valeur est purement rationnelle, n'est pas plus péremptoire que le précédent, parce qu'il ne fait pas état des textes à la base du recours en cassation. Ces textes donnent au Conseil d'Etat carte blanche pour examiner l'excès de pouvoir des actes et des décisions administratives ; pourquoi, dès lors, la violation de la loi constitue-t-elle un excès de pouvoir dans un cas et pas dans l'autre ? La violation de la loi par une juridiction administrative n'est pas moins dangereuse que s'il s'agit d'un acte administratif. Peut-être même l'est-elle davantage, car il est ici question de décisions en dernier ressort qui créent la jurisprudence : une fausse interprétation de la loi par le Conseil

supérieur de l'instruction publique a sa répercussion sur la jurisprudence de tous les tribunaux universitaires inférieurs. Du reste, si l'on admet que les débats contradictoires en premier ressort et en appel ont pu ne pas assurer le respect des règles de compétence et de forme, combien, à plus forte raison, doit-on convenir qu'ils ont pu aussi ne pas toujours interpréter sainement la loi. Les rédacteurs du Code de procédure civile le savaient bien : ce n'est pas, parce que les décisions attaquées devant la Cour de cassation ont été précédées de débats contradictoires en première instance et en appel, que la Cour de cassation s'est vue retirer le pouvoir de trancher souverainement les points de droit. Nous devons observer, pour terminer, que le libéralisme du Conseil supérieur enlève toute acuité à notre critique doctrinale du recours en cassation, tel qu'il est conçu par le Conseil d'Etat.

Parce que très limité en ses causes d'ouverture, le recours en cassation contre les arrêts du Conseil supérieur est, en fait, extrêmement rare. Pour lui trouver place, il faut imaginer le Conseil supérieur se déclarant compétent en premier ressort pour juger les oppositions, ou incompétent pour apprécier le jugement du Conseil départemental. Cela ne se conçoit guère en l'état actuel de la législation (1).

Il y aurait encore lieu à recours en cassation si le Conseil supérieur maintenait une opposition en s'appuyant sur des considérations qui lui sont interdites de par les règles de la compétence ; c'est ainsi, à notre sens, qu'une opposition dans l'intérêt des bonnes mœurs, parce que le déclarant s'est rendu coupable d'une ouverture illicite d'école, ne saurait être confirmée par le Conseil supérieur, si aucune condamnation correctionnelle, en vertu de l'article 40 (loi du 30 octobre 1886), n'est intervenue. En effet, il ne suffit pas de jouer sur les mots et de qualifier le même fait de disciplinaire ou de correctionnel pour aboutir à la compétence universitaire ou correctionnelle ; l'ouverture illicite d'école, en contradiction avec les articles 37 et 38 de la loi scolaire, est un délit ressortissant aux tribunaux correctionnels ; le Conseil supérieur empiète donc sur la compétence de ces tribu-

(1) C. d'Et., 3 août 1883, Raveneau, Lebon, p. 725 ; 19 décembre 1884, dame Cochet, Lebon, p. 919.

naux, lorsque, dès avant toute condamnation judiciaire, il confirme une opposition motivée par une infraction aux articles 37 et 38 de la loi de 1886 : ce n'est que dûment constatées par la juridiction compétente que ces infractions peuvent être invoquées valablement dans une opposition (1).

La violation des formes essentielles, par exemple des règles relatives à la composition du Conseil supérieur ou aux droits essentiels de la défense, donnerait également matière à recours en cassation (2).

*
* *

De même que pour l'appel, le déclarant et l'opposant ont le droit d'intenter le recours en cassation contre les arrêts du Conseil supérieur en matière d'opposition. En outre, le ministre de l'instruction peut, par application des principes généraux, former un pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi ; ce pourvoi présente deux caractères spéciaux qui le distinguent nettement du recours en cassation formé par les parties ; tout d'abord, il peut être formé contre une décision qui n'est pas en dernier ressort ; ensuite, ils aboutissent à une censure purement doctrinale de l'arrêt ou du jugement cassé qui continue à produire tous ses effets légaux (3).

Le délai pour recourir est de deux mois à compter de la notification de la décision du Conseil supérieur (4). Ce délai, pas plus que le recours lui-même, n'est suspensif (5) ; par conséquent, l'arrêt du Conseil supérieur continue d'être exécutoire, qu'il confirme l'opposition ou en donne mainlevée.

(1) Le cas s'est déjà présenté, mais aucun recours devant le Conseil d'Etat n'a été formé jusqu'à présent. Il serait intéressant de se rendre compte si le Conseil d'Etat consacrerait en matière contentieuse le principe déjà adopté par lui en matière disciplinaire (cf. C. d'Et., 6 juillet 1917, Temple, *Bull. Soc. gén. d'éduc.*, décembre 1917, avec note p. 54, et Dalloz, 1917, *Chronique*, p. 36). Dans l'espèce citée, le Conseil supérieur avait prononcé une peine disciplinaire à l'encontre d'un instituteur pour infraction aux articles 37 et 38 (loi 1886) ; le Conseil d'Etat a jugé que ces infractions, ressortissant à la compétence des tribunaux correctionnels (art. 40, loi 1886), ne pouvaient motiver l'application d'une peine disciplinaire qu'après une condamnation correctionnelle établissant l'existence du délit.

(2) Cf. pour peines disciplinaires, C. d'Et., 15 novembre 1851, Pierquin, Lebon, 686, et 23 janvier 1864, Petit-Colas, Lebon, p. 50.

(3) Voir Hauriou, *Droit administratif*, 1914, p. 967 ; Laferrière, t. I, p 284.

(4) Loi 13 avril 1900, art. 24, § 4.

(5) Loi 24 mai 1872, art. 24, § 3 ; Cass. crimin., 3 mai 1912, Solignac, S. 1914, I, 420.

La procédure du recours en cassation ne se distingue pas de celle du recours pour excès de pouvoir. Nous n'insisterons donc pas sur ce point. Disons simplement que le ministère de l'avocat n'est pas nécessaire pour le recours en cassation, et que l'on peut distinguer trois phases dans la procédure : 1° l'introduction de l'affaire par une requête adressée au juge, et l'instruction de l'affaire ; 2° la rédaction d'un rapport qui doit être communiqué au commissaire du gouvernement ; 3° le jugement de l'affaire en séance publique ou non, suivant qu'il y a ou non constitution d'avocat.

Trois voies de rétractations sont ouvertes, dans des cas particuliers, contre les décisions du Conseil d'Etat : l'opposition en cas de jugement par défaut, la revision, sorte de requête civile, et la tierce opposition. Ces trois recours ne méritent guère qu'une mention, nous ne savons même pas si l'on pourrait citer un cas où ils aient été, l'un ou l'autre, intentés à propos d'une opposition à ouverture d'école.

NATURE ET EFFET DU RECOURS EN CASSATION

Le recours en cassation est un recours en annulation qui, s'il réussit, aboutit à la cassation de la décision du Conseil supérieur et au renvoi de l'affaire devant cette juridiction, sauf au cas d'incompétence absolue. A l'instar de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat ne peut se substituer au tribunal compétent en évoquant l'affaire.

Une comparaison rapide de ce recours avec celui pour excès de pouvoir précisera ses traits principaux : 1° le recours pour excès de pouvoir vise un acte administratif, le recours en cassation une décision juridictionnelle ; 2° le recours pour excès de pouvoir aboutit à l'annulation *erga omnes* de l'acte attaqué ; le recours en cassation a ses effets renfermés *inter partes ;* 3° le recours pour excès de pouvoir n'oblige pas, du moins en principe, l'administration à refaire l'acte annulé (1) ; le recours en cassation renvoie nécessairement, après annulation, l'affaire devant la

(1) Cf. cependant le détour ingénieux imaginé par le Conseil d'Etat et consistant dans le renvoi à l'administration pour faire ce que de droit

juridiction dont la décision a été cassée, sauf bien entendu le cas d'incompétence.

Lorsque le renvoi de l'affaire a lieu, les conséquences de l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat peuvent être envisagées à un double point de vue : 1° la juridiction de renvoi doit se conformer à la doctrine du Conseil d'Etat; la résistance du Conseil supérieur se conçoit d'ailleurs difficilement en cette matière où il n'est question que des formes et de la compétence. Pour le cas où elle se produirait, voici la théorie *jurisprudentielle* du Conseil d'Etat (1) : le débat ne peut s'éterniser, l'affaire étant indéfiniment renvoyée du Conseil d'Etat au Conseil supérieur et de ce dernier au Conseil d'Etat; la juridiction de renvoi doit donc se soumettre à la chose jugée.

2° Quelle est la force obligatoire de l'opposition pour la période qui s'écoule entre l'annulation de l'arrêt du Conseil supérieur et le second arrêt de ce dernier?

L'effet de l'arrêt de cassation en matière administrative est le même qu'en matière civile, parce qu'aucun texte ni aucune nécessité n'imposent de s'écarter du droit commun. La cassation administrative « remet donc les causes et parties au même et semblable état où elles étaient avant le jugement ou arrêt cassé ». Ce qui revient à dire que le jugement du Conseil départemental, quelle que soit la solution adoptée par lui, sera provisoirement exécuté jusqu'à la décision, sur renvoi, car l'arrêt de cassation le laisse intact, mais frappé d'appel devant le Conseil supérieur. Ainsi, en supposant que l'opposition ait été levée par le Conseil départemental et maintenue par le Conseil supérieur, l'école peut s'ouvrir après la cassation de l'arrêt du Conseil supérieur, parce que jusqu'à la décision sur renvoi, seul, le jugement du Conseil départemental est exécutoire; le même principe s'appliquerait si le Conseil supérieur avait purement et simplement confirmé la décision du premier ressort. Après la cassation, le jugement du Conseil départemental serait même définitif dans le cas où l'incompétence, ayant donné lieu à cassation, ferait obstacle à ce que la

(1) C. d'Et, 8 juillet 1904, Botta, Lebon, p. 557, avec conclusions Romieu, et S. 1905, III, 81, note Hauriou ; voir aussi, *Revue de droit public*, 1904, p. 539.

juridiction du Conseil supérieur soit saisie à nouveau (1). Bien entendu, si la cassation n'était que partielle, ne visant par exemple que certains « attendu » en dehors de la compétence du Conseil supérieur, l'arrêt de ce dernier subsisterait avec ses pleins effets légaux pour tout ce qui n'a pas été touché par la décision du Conseil d'Etat.

(1) C'est ce qui se produirait dans l'hypothèse où le Conseil supérieur aurait statué alors que l'appel était irrecevable, par exemple parce qu'il avait été interjeté après le délai légal.

CONCLUSION

Au cours de notre travail, on a déjà pu pressentir que nos critiques du droit d'opposition porteraient sur la sauvegarde insuffisante de la liberté. C'est qu'en effet, les droits de la puissance publique ne risquent pas d'être violés et méconnus avec le système actuel. La vigilance des opposants est rarement en défaut, fouettée qu'elle est par la rivalité entre enseignement public et enseignement privé et par les directives du pouvoir central. Ce n'est pas non plus le Conseil départemental où prédomine l'influence du préfet et de l'inspecteur d'académie, qui menace de laisser battre en brèche le droit de l'Etat. Quant au Conseil supérieur, sa pondération concilie dans la plupart des cas les droits opposés de la puissance publique et des particuliers, sans les sacrifier les uns aux autres (1).

Ce n'est pas cependant que les individus se trouvent absolument sans défense vis-à-vis des interventions arbitraires des opposants. Loin de là, et nous avons suffisamment insisté sur les garanties dont jouissent les instituteurs privés ; pour juger sans parti pris l'opposition, il ne faut donc pas perdre de vue en premier lieu qu'elle est la réalisation, imparfaite sans doute, mais la réalisation tout de même d'une conception équitable ; en second lieu, qu'elle est en progrès sur les procédés employés avant elle. La partialité des opposants et du Conseil départemental, l'imprécision des causes valables d'opposition, le lenteur de la procédure sont les principaux défauts du système actuel ; mais ils peuvent, dans une large mesure, être atténués, sans renoncer au droit

(1) Voir en sens divers : Rivet, *op. cit.*, 1891, p. 175 et suiv. ; G. Compayré, *Les juridictions universitaires*, 1899, p. 258 et suiv. ; Vanden Meerschaut, *Les juridictions universitaires*, 1903, p. 143 et suiv ; Picard, *Le Conseil départemental...*, 1907, p. 127 et suiv. ; Vigneras, *Le Conseil départemental...*, 1911, p. 160 et suiv.

d'opposition, bien au contraire, en tirant toutes les conséquences logiques de cette idée admise par le législateur, à savoir que le règlement d'une opposition est une affaire contentieuse et comme tel doit être soumis aux règles qui régissent ces sortes de litiges.

*
* *

Tout d'abord, doit-on conclure de l'esprit de parti des opposants que le choix de ces derniers est à reviser? Il n'est pas douteux qu'en maintes occasions les opposants abusent de leurs pouvoirs trop vaguement délimités, en contrariant la fondation des écoles privées; le nombre des oppositions cassées en premier ou second ressort en fait foi et nous donnerons quelques exemples de l'ingéniosité tracassière des opposants. Malgré cela, il n'en reste pas moins que le choix des opposants fait par la loi est assez naturel. On se souvient peut-être que si l'on remonte à la source de ce mal, on ne doit pas s'arrêter seulement à la personne des opposants; ceux-ci sont redevables de leur mentalité à l'acuité des luttes religieuses contemporaines. De ce fait, leur responsabilité est atténuée et ce n'est pas de les changer qui modifierait sensiblement la situation. Quelques fonctionnaires qu'on choisisse à cette fin, ils seront fatalement soumis aux mêmes influences et n'auront peut-être pas l'avantage d'être sur les lieux comme le maire, ni d'être spécialisés comme l'inspecteur d'académie. Au fond, ce sont nos mœurs politiques qui sont en jeu, on nous permettra de ne pas aborder cette question qui nous entraînerait trop loin du droit d'opposition.

Cependant, si la réforme de nos mœurs politiques est une œuvre de longue haleine et si, comme il est constant dans le cours des choses humaines, elle ne doit pas aboutir à la perfection, il nous paraît que l'on pourrait avantageusement, en attendant que le mal soit atteint dans ses racines, trouver des palliatifs contre ses conséquences. Serait-il téméraire, par exemple, de demander que toute opposition dans l'intérêt de l'hygiène soit précédée d'un avis motivé de la commission d'hygiène, avis purement consultatif qui ne lierait pas les opposants, mais qui permettrait, le cas échéant, d'établir dans une certaine mesure leur mauvaise foi? Cet avis écrit devrait accompagner la décision

d'opposition devant les tribunaux universitaires. Objectera-t-on que le maire, en huit jours, n'a pas le temps de provoquer cet avis ? Mais qu'est-ce qui s'opposerait à ce qu'il ait quinze jours pour former opposition ? Etant donné que le déclarant surseoit durant un mois à l'ouverture de son école, il ne serait en rien lésé par l'allongement du délai imparti au maire.

Il ne serait pas mauvais non plus que la responsabilité de l'opposant pour faute personnelle puisse être mise en cause en cas de mauvaise foi évidente. Pour cela, nous ne demandons pas une intervention législative ; la théorie du fait personnel est presque uniquement jurisprudentielle et il serait hasardeux d'en brusquer la lente évolution par le vote d'un texte nécessairement trop rigide pour se modeler sur les formes diverses et changeantes de la réalité. Nous émettons le vœu que la jurisprudence s'engage plus à fond dans la voie de la responsabilité personnelle des fonctionnaires (1).

En effet, pour peu que l'opposant ait d'habileté, il échappera à l'emprise de la jurisprudence actuelle. D'après celle-ci (2), il y a fait personnel du fonctionnaire lorsque ce dernier est l'auteur d'une faute grave, sortant des traditions de la fonction et qui, par le fait, ne saurait être imputable au service. L'existence du fait personnel a pour résultat de rendre le fonctionnaire responsable de sa faute vis-à-vis de l'admi-

(1) L'extension de la responsabilité des fonctionnaires est un besoin qui se fait réellement sentir. Dans le cas, différent certes de celui qui nous occupe, où un fonctionnaire se refuse à exécuter une décision de justice ayant force de chose jugée, M. Jèze préconise l'organisation de la responsabilité pécuniaire et personnelle du fonctionnaire (*Revue de droit public*, décembre 1919, notes jurisprudentielles, p. 506) ; bien que plus délicate à établir lorsqu'il s'agit d'actes laissés à la libre initiative de l'administration, cette responsabilité se justifie par le même souci de sauvegarder les administrés contre l'arbitraire : le tout est de trouver une solution satisfaisant le public sans enrayer la marche du service.

(2) Voir sur cette question : Hauriou, *Précis de droit administratif*, 1914, p. 94 ; Nesmes-Desmarets, *De la responsabilité civile des fonctionnaires de l'ordre administratif et judiciaire*, thèse Montpellier, 1910 ; notes importantes de M. Duguit sous Bordeaux, 19 juin 1917, Montpillié, S. 1918-1919, II, 1 et Cass., 21 mars 1918, Montpillié, S. 1918-1919, I, 17 ; C. d'Et., 26 juillet 1918, époux Lemonnier, au D. 1918, III, 9, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Blum. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat admet la coexistence possible dans une même affaire et du fait personnel et de la faute de service, soit que cette coexistence soit théoriquement possible, soit qu'il y ait divergence d'appréciation sur un même fait, mais s'il peut y avoir cumul d'actions, il ne peut y avoir cumul de réparations. Etc.

nistré lésé devant le Tribunal civil ou devant le tribunal répressif, suivant le cas (1). Le caractère essentiellement personnel de cette faute se manifestera en premier lieu lorsqu'il y aura à côté de l'acte administratif, accompli à son occasion, mais parfaitement distinct, un second acte qui n'a rien d'administratif, ni par son objet, ni par son but ; si cet acte est une faute du fonctionnaire, il entraîne sa responsabilité personnelle. Théoriquement, ce cas peut se rencontrer à propos de l'opposition, par exemple si le maire accompagne son opposition d'injures publiques à l'égard du déclarant ; dans cette hypothèse, il y a, à côté de l'acte administratif de l'opposition, un autre acte qui en est distinct et qui n'a rien d'administratif : les injures adressées au déclarant et qui entraînent la responsabilité du maire. Mais il est bien évident que le maire ou l'inspecteur, qui voudra contrarier la création d'une école, ne s'y prendra pas de cette façon brutale. Il se bornera à former opposition ou appel du jugement du Conseil départemental sous un prétexte quelconque, masquant son intention véritable, qui est de gêner le déclarant. Le fait personnel, tel qu'il est compris par la jurisprudence, peut-il être pratiquement reconnu dans cette manière d'agir? Nous ne le croyons pas, ou du moins ce sera extrêmement rare. Il est vrai que le fait personnel existe dans une seconde série d'hypothèses, où l'on se trouve en face de l'acte administratif seul. Mais il est alors difficile à discerner ; il faut, en effet, que l'acte en question porte sur un objet ou soit déterminé par un but étranger au domaine administratif (p. ex. sonnerie de cloches ordonnée pour enterrement civil). C'est précisément ce but qui sera malaisé à découvrir lorsqu'il s'agit d'une opposition ; comment arriver à établir que le maire n'a pas eu réellement en vue les intérêts de l'hygiène et de la moralité et ne s'est pas simplement trompé de bonne foi? Autant dire que la théorie du fait personnel n'est pas un frein susceptible de modérer l'arbitraire de certains opposants. Les rares fois où l'on a essayé d'invoquer le fait personnel à propos d'un acte de la procédure d'ouverture

(1) Cass., 23 janvier 1914, Mesureur et Brion, D. 1918, I, 7, note anonyme, et S. 1916, I, 89, note Roux.

d'école, fournissent à cet égard des réponses tout à fait probantes (1).

Est-il au moins possible d'obvier à cet inconvénient en mettant en jeu la responsabilité de l'administration pour faute de service? A supposer que l'on puisse prouver qu'un acte régulier d'opposition ou d'appel constitue une faute, cette faute ne saurait être qu'un fait personnel, car cette démonstration fera toujours apparaître dans le fonctionnaire, suivant l'expression de M Lafferrière, « l'homme avec ses passions ou ses défaillances », et non la personne morale de l'administration.

Sans doute, l'admission plus large du fait personnel présente le danger de paralyser l'initiative des fonctionnaires et aurait peut-être pour résultat de relâcher outre mesure la surveillance des maisons d'éducation privée. Mais croit-on, d'autre part, qu'il soit tolérable qu'un maire ou un inspecteur d'académie, s'appuyant sur un prétexte plus ou moins futile, puisse en toute sécurité retarder de plusieurs mois l'ouverture d'une école, pour le simple plaisir de brimer des adversaires politiques?

*
* *

L'arbitraire des opposants est facilité par l'imprécision des termes employés par la loi dans l'énumération des causes valables d'opposition : l'hygiène, les bonnes mœurs, pavillons commodes pour couvrir une marchandise suspecte! Le duc de Broglie disait (2) : « Ce serait un objet d'étude à proposer aux savants que cette relation intime qui existe entre la liberté d'une école et son humidité. » Ce bon mot n'est pas une simple boutade : veut-on des exemples où l'erreur de l'opposant apparaît manifestement consciente et inexcusable? Voici un maire qui, entre autres motifs mal fondés, invoque, pour s'opposer à l'ouverture d'une école, l'humidité du sol de la classe et de la cour ; or, cette prétendue humidité ne peut pas être démontrée (3). Voici un inspecteur, prétextant l'excès de ventilation aux abords de l'école,

(1) Conflits, 11 décembre 1880, Marty, S. 82, III, 21 : il s'agissait du refus du maire de recevoir une déclaration d'ouverture ; Conflits, 17 juin 1880, Pineau, S. 81, III, 47 : le maire avait affiché la déclaration en retard.

(2) Rivet, *op. cit.*, p. 127.

(3) Affaire Gagnaire, *Bull. administ.*, 1912, t. II, p. 872, n° 1003.

et qui se trouve incapable d'apporter un fait à l'appui de sa thèse (1). Il y a encore les nombreuses oppositions que le Conseil supérieur se borne à qualifier d'insuffisamment fondées. Il y a toutes les oppositions basées sur des motifs étrangers à l'hygiène et aux bonnes mœurs. Il y a le stratagème, heureusement peu répandu, mais légal, du fractionnement du droit d'opposition, dont nous avons exposé le mécanisme. Tout cela démontre à l'excès l'élasticité complaisante des dispositions législatives.

Le fractionnement du droit d'opposition lèse d'une manière grave la liberté, en permettant aux opposants de retarder indéfiniment l'ouverture d'une même école. Il importe donc de liquider en une seule fois la situation de l'école ; pour cela, il faut obliger les opposants à invoquer en une seule fois tous les motifs qu'ils ont à faire valoir contre l'ouverture de l'école ; n'est admissible, après une seconde déclaration, qu'une opposition fondée sur un motif nouveau, inexistant lors de la première déclaration. Une addition dans ce sens à la loi de 1886 est de rigueur, car rien, dans le texte actuel, n'autorise la prohibition du fractionnement. S'il arrive que, de bonne foi, l'opposant ait omis lors de sa première opposition de relever tous les inconvénients de l'école, les droits de l'Etat pourront se trouver compromis au moins dans leur vertu préventive. Mais les opposants, sachant qu'ils doivent faire valoir d'un seul coup tous leurs moyens, cette éventualité sera rare, d'autant plus rare que les opposants sont deux à examiner la convenance de l'école. Nous ne pensons pas qu'il faille, en prévision de cette hypothèse très problématique, sacrifier les droits des instituteurs privés.

Quant aux oppositions abusivement formées, sous prétexte de sauvegarder l'hygiène ou les bonnes mœurs, il est difficile d'en empêcher le retour, car la loi sera nécessairement conçue en termes vagues, elle ne saurait, sous peine d'être incomplète, prévoir tous les cas qui se présenteront dans la pratique ; d'ailleurs, la convenance d'une école est une question de fait, à propos de laquelle la loi ne peut poser que les principes. Les opposants conserveront donc toujours une grande latitude pour

(1) Affaire Bourdoncle, *Bull. administ.*, 1912, t. II, p. 868, n° 999.

agir. Les seuls remèdes à leur arbitraire, remèdes de portée restreinte, seraient ceux que nous avons indiqués précédemment : imposer pour toute opposition, dans l'intérêt de l'hygiène, l'avis consultatif préalable écrit et motivé de la commission d'hygiène, étendre le champ de la responsabilité personnelle des opposants.

*
* *

Ces défauts de l'opposition sont trop souvent aggravés par les dispositions malveillantes du Conseil départemental. Heureusement la jurisprudence libérale du Conseil supérieur corrige, dans une large mesure, les décisions de premier ressort, mais non sans des retards préjudiciables à l'enseignement privé. Dans ces conditions, convient-il d'abandonner le principe de la compétence des tribunaux universitaires en matière d'opposition pour celui de la compétence de la juridiction civile ?

En faveur de la compétence des tribunaux universitaires, on peut faire valoir divers arguments. Tout d'abord, un argument de principe tiré de la séparation des pouvoirs : l'opposition étant un acte administratif, il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires d'en connaître directement. Sans doute, à l'occasion d'une ouverture illicite d'école au mépris de l'opposition, le tribunal correctionnel sera amené à examiner la régularité de celle-ci, de même que la juridiction répressive vérifie la légalité d'un arrêté de police. Mais la décision de justice qui intervient ne touche pas à l'existence de l'acte administratif, elle le frappe seulement d'inefficacité s'il est illégal. D'après les principes du droit public, il est donc logique que l'opposition, acte administratif, soit soumise à la juridiction d'un tribunal administratif. Cet argument doctrinal n'a rien de péremptoire, étant donné qu'il est toujours loisible à une loi de déroger au principe de la séparation des pouvoirs, si l'utilité s'en fait sentir.

Aussi bien d'autres considérations militent pour le choix des tribunaux universitaires comme juge des oppositions. La compétence étant en raison directe de la division du travail, les tribunaux universitaires, qui sont spécialisés dans l'étude et la pratique des choses scolaires, sont particulièrement qualifiés

a priori pour connaître des oppositions à ouverture d'école : l'enseignement constitue un monde obéissant à ses lois propres, un ordre de choses différent de la vie juridique ordinaire ; il s'ensuit que les magistrats civils feraient peut-être montre d'une inexpérience fâcheuse dans l'examen des oppositions. Certes, cet argument a sa valeur, et il est destiné à s'accréditer facilement dans une société dont la spécialisation à outrance est la règle. Pourtant, n'en exagérons pas la portée : les tribunaux civils ont des questions autrement ardues et complexes à résoudre que les oppositions à ouverture d'école, et croit-on sérieusement que, si ces dernières venaient à leur ressortir, ils seraient à coup sûr inférieurs à leur tâche ?

On ajoute aussi que les tribunaux universitaires sont des tribunaux de famille qui n'exécutent pas inflexiblement la loi, mais en dosent l'application suivant les circonstances. Peut-être en est-il ainsi des tribunaux universitaires agissant comme juridiction disciplinaire. Nous avouons n'avoir pas rencontré, du moins dans le Conseil départemental, ces dispositions conciliantes qu'on nous dit être caractéristiques de la juridiction universitaire. Celle-ci nous rappellerait plutôt cet excellent professeur de collège qui, ayant son fils pour élève, ne manquait jamais l'occasion de le traiter plus durement que ses camarades : l'esprit de famille n'exclut pas la sévérité.

Comme contrepoids de ces avantages assez problématiques, la juridiction universitaire présente un grave défaut : on lui reproche sa partialité vis-à-vis de l'enseignement privé. Cette critique ne vise pas le Conseil supérieur dont la loyauté et l'équité sont dignes d'éloges, mais elle se rapporte à la jurisprudence du Conseil départemental. Pour se convaincre de sa justesse, il suffit de rappeler le nombre imposant de décisions du Conseil départemental cassées en appel pour vice de fond ou de forme par le Conseil supérieur (1).

Il semblerait donc que rien ne commande avec une particulière insistance le choix des tribunaux universitaires comme juges des oppositions. Si ce rôle avait été confié aux tribunaux civils,

(1) Voir chap. II.

il est probable qu'ils s'en seraient acquittés aussi bien ; surtout en cette matière touchant la liberté, ils se seraient montrés plus indépendants d'allures que le Conseil départemental. Nous croyons donc que la juridiction civile serait toute désignée pour statuer sur les oppositions. Cette opinion, très rationnelle, n'est du reste pas nouvelle, elle fut soutenue par une partie non négligeable du pays en 1850, notamment par le Conseil d'Etat (1). Si toutefois cette réforme paraissait trop hardie, l'amélioration des tribunaux universitaires est une tâche *minima* qui s'impose avec urgence ; faite sérieusement, elle est même susceptible de rendre très acceptable la compétence universitaire. On pourrait admettre, par exemple, une plus large représentation de l'enseignement privé dans le Conseil supérieur, ainsi que des délégués de la magistrature. Mais c'est surtout le Conseil départemental qui prête à critique par sa partialité. Cette partialité tient à la prédominance dans son sein des éléments politiques, à la confusion de l'administration active et juridictionnelle, au mode de votation usité. C'est donc sur ces points que doit porter la réforme de ce tribunal.

La prédominance des éléments politiques dans le Conseil départemental se manifeste par la présidence du préfet à qui on attribue en outre une voix prépondérante en cas de ballottage. Si la présence du préfet et de plusieurs conseillers généraux est jugée nécessaire pour représenter les droits de l'Etat, que du moins elle soit réduite à une juste mesure. Dans ce but, il serait bon d'abord d'enlever au préfet la présidence du Conseil départemental et sa voix prépondérante. On pourrait en outre faire une place à d'autres éléments : si l'on admet que l'Etat doive être représenté dans le tribunal chargé de statuer sur l'opposition, bien qu'il soit intéressé dans le litige, le même raisonnement vaut pour l'enseignement privé dont les droits sont en jeu : l'enseignemant privé n'étant représenté que par un membre, nous réclamons sa plus large représentation dans le Conseil départemental lorsque celui-ci juge des affaires le concernant. Enfin, en donnant la présidence du Conseil départemental à un

(1) Voir Ire partie, chap. IV.

magistrat civil, non seulement on assurerait aux débats plus d'indépendance, mais on infuserait au Conseil départemental un peu de l'esprit juridique dont l'absence est si regrettable.

La partialité du Conseil départemental tient encore à ce qu'il réalise une confusion entre l'administration active et la juridiction administrative. C'est ainsi que l'inspecteur d'académie, auteur de l'opposition, possède une voix pour statuer sur son bien fondé ; de plus, c'est lui ou un de ses subordonnés qui est chargé de faire le rapport sur l'affaire. Nul ne peut être à la fois juge et partie ; l'inspecteur d'académie, lorsqu'il est opposant, doit donc être privé de sa voix délibérative ; qu'il soit entendu à titre consultatif à cause de sa compétence technique, nous l'admettons encore, bien que sans cela il ait comme plaideur toute facilité pour défendre son point de vue. La récusation de l'inspecteur devrait avoir lieu d'office, parce qu'il est contraire aux principes que, dans une affaire contentieuse, une partie soit en même temps jugée. De plus l'inspecteur d'académie ne devrait jamais être rapporteur lorsque l'opposition émane de lui ; à vrai dire, l'instruction ne devrait pas non plus être confiée dans ce cas à un de ses subordonnés, mais la chose serait peut-être difficile à réaliser, parce que les compétences scolaires du Conseil départemental sont toutes des inférieurs hiérarchiques de l'inspecteur d'académie.

Enfin il serait aussi très désirable que le mode de votation soit changé. La liberté du vote exige que le scrutin soit secret, et cela, surtout, comme c'est ici le cas, dans les assemblées dont les membres sont entre eux en rapport de dépendance réciproque. Certains auteurs demandent en outre que les décisions soient prises, non plus à la majorité absolue, mais à celle des deux tiers (1) : cette mesure serait équitable sans les réformes que nous proposons, mais, combinée avec elles, il serait à craindre qu'elle ne rende par trop difficile la formation d'une majorité.

Ces réformes faites, l'opposition serait désormais jugée par un tribunal présentant des garanties d'impartialité devant lequel l'opposant et l'instituteur seraient à peu près sur le pied d'égalité. Et ce résultat aurait pour avantage aussi de justifier le droit d'appel

(1) Picard, *op. cit.*

reconnu aux opposants : on se souvient que ce droit a été vivement critiqué et, croyons-nous, à juste titre (1). Dès lors que l'égalité est rétablie entre les parties en premier ressort, rien ne s'oppose plus à ce que toutes jouissent du droit d'appel (2). Mais pour éviter les abus du droit d'appel de la part des opposants (3), leur appel ne devrait pas être suspensif de l'exécution de la décision du Conseil départemental.

*
* *

Un dernier et grave défaut de la procédure d'opposition, c'est sa lenteur. En analysant les choses de près, on constate que tous les autres défauts se résument en celui-là. En effet, d'une façon générale, l'instituteur déclarant obtient justice devant le Conseil supérieur : la partialité des opposants, facilitée par l'imprécision nécessaire des textes législatifs, la partialité du Conseil départemental, les appels des opposants dans le but unique d'ennuyer le déclarant, tout cela n'a d'autre résultat que de retarder la mainlevée d'une opposition injustifiée. Et ceci constitue, malgré le triomphe différé, mais presque certain de la justice, un inconvénient gros de conséquences fâcheuses pour les écoles. Sans parler des répercussions financières qu'entraîne l'ouverture tardive d'une école, le succès de cette dernière est gravement compromis ; en effet, si l'opposition n'est définitivement levée que dans le courant de l'année scolaire, la patience des parents se sera lassée et ils auront envoyé leurs enfants dans une autre école.

Nous ne songeons pas, pour remédier à cela, à préconiser la mesure radicale qui consisterait à enlever à l'opposition son caractère préventif. Car alors ce serait couvrir l'un pour découvrir l'autre ; le droit des particuliers se trouverait protégé, mais par contre l'intérêt général risquerait d'en être lésé : il vaut mieux s'en tenir au régime préventif tel que nous l'avons défini.

A côté de ces remèdes extrêmes, il y a d'autres moyens plus humbles et moins sujets à discussion pour parer au défaut

(1) Voir Ire partie, chap. v.

(2) En effet, si les appels des opposants ne présentent aucun caractère sérieux, il pourrait n'en être plus de même après la réforme du Conseil départemental.

(3) Voir chap. III.

signalé. C'est, d'une part, de raccourcir de moitié le délai accordé à l'inspecteur pour former opposition : en quinze jours, avec la rapidité des moyens de transport et des communications postales et téléphoniques, l'inspecteur a le temps de se faire un jugement raisonné sur l'école projetée. C'est, d'autre part et surtout, d'établir un délai de rigueur pour le jugement de l'appel. Le Conseil supérieur statue dans le plus bref délai, mais ce « plus bref délai » s'élargit parfois jusqu'à devenir une année et plus ; c'est exceptionnel, il est vrai, mais très souvent il s'écoule plusieurs mois entre l'appel et l'arrêt d'appel. La faute n'en est pas au Conseil supérieur qui ne se réunit habituellement que deux fois l'an. C'est l'organisation du Conseil supérieur qui doit être modifiée on pourrait, par exemple, instituer dans son sein une section permanente du contentieux qui serait chargée de statuer sur les appels dans un délai de tant. Dans ce sens, un progrès a déjà été fait : lorsque la session est très chargée, le ministre convoque d'avance la commission d'instruction des affaires contentieuses afin qu'elle ait le temps de préparer ses rapports. Mais quelque louable que soit cette mesure, elle est insuffisante. Sans doute, les instituteurs n'ont qu'à s'y prendre plus tôt — et c'est le conseil pratique que nous leur donnons — mais cela n'est pas toujours possible et, en tous cas, cela ne justifie pas les lenteurs.

*
* *

Pour nous résumer brièvement, nous estimons que le droit d'opposition est en progrès sérieux sur les procédés antérieurs d'intervention de la puissance publique, en premier lieu parce que son caractère préventif sauvegarde les droits de l'Etat, en second lieu parce que ses limitations et notamment sa juridictionnalisation fournissent à l'enseignement privé de solides garanties contre l'arbitraire. C'est pourquoi nos critiques n'ont en rien cherché à ébranler la conception fondamentale du droit d'opposition. Il nous a seulement paru que, pour remédier aux défauts que nous y avons relevés, il n'y avait qu'à persévérer dans la voie suivie jusqu'à présent, en limitant ce qui ne l'est pas encore ou l'est insuffisamment (nouveaux délais), en juridictionnalisant plus à fond le Conseil départemental, de telle sorte

que les affaires engagées devant lui n'apparaissent plus comme des recours gracieux plus ou moins bien maquillés.

Ce faisant, nous avons conscience d'être resté dans l'esprit du droit d'opposition, à égale distance de la reconnaissance trop absolue des prérogatives de la puissance publique et d'une excessive tolérance vis-à-vis des initiatives individuelles ; car, en réalité, nous ne demandons guère au législateur que d'être logique jusqu'au bout dans la position adoptée par lui depuis 1850.

Vu :
Le Président de la Thèse,
G. SCELLE.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit de Dijon,
M. DESLANDRES.

Vu et permis d'imprimer :
Dijon, le 26 mai 1920,
Le Recteur de l'Académie,
H. PADÉ.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE 5

ABRÉVIATIONS 6

INTRODUCTION 7

§ 1er. — Du droit d'opposition et de la liberté d'enseignement. . 8
§ 2. — Justification du droit d'opposition 12
§ 3. — Caractères généraux du droit d'opposition 15
Division de la thèse 22

PREMIÈRE PARTIE

Historique

CHAPITRE PREMIER. — La période révolutionnaire. 25
§ 1er. — L'Assemblée constituante et la Législative. 26
§ 2. — La Convention et le Directoire. 29
§ 3. — Le Consulat 33

CHAPITRE II. — L'Université : l'autorisation préalable. 35
L'Université sous Napoléon Ier 35
L'ordonnance du 29 février 1816 39
Les ordonnances des 8 avril 1824 et 21 avril 1828 44

CHAPITRE III. — La loi du 28 juin 1833 : le certificat de moralité . . . 46

CHAPITRE IV. — La loi du 15 mars 1850 : le droit d'opposition . . . 53
Le projet Salvandy. 53
Le projet Carnot 55
Le projet Falloux 57
Le droit d'opposition d'après la loi du 15 mars 1850 60
Le droit d'opposition de 1850 à 1886 62

CHAPITRE V. — La loi du 30 octobre 1886 : le régime actuel. 67
Historique de la loi et comparaison avec celle de 1850. 67
Coup d'œil sur le régime actuel. 72

DEUXIÈME PARTIE

La procédure d'opposition.

CHAPITRE PREMIER. — Du droit d'opposition 75

De la déclaration d'ouverture d'école 75
De l'ouverture de l'école en cas d'absence d'opposition 77
A qui appartient le droit d'opposition ? 79

Section première. — Mécanisme de l'opposition 80

§ 1er. — De l'opposition formée par le maire : délai 80
Notification 83
Fractionnement de l'opposition 85

§ 2. — De l'opposition formée par l'inspecteur d'Académie . . 85

Section II. — Compétence du maire et de l'inspecteur d'Académie en matière d'opposition : généralités 90

§ 1er. — Motifs communs au maire et à l'inspecteur. 92

§ 2. — Compétence spéciale de l'inspecteur d'Académie : opposition dans l'intérêt de l'ordre public 96
Opposition eu égard à la personne du déclarant. 98

§ 3. — Motifs étrangers à la compétence du maire et de l'inspecteur 102

Section III. — Nature et effets de l'opposition : généralités 107
Les sanctions : article 40 de la loi du 30 octobre 1886 108

CHAPITRE II. — Du jugement de l'opposition par le Conseil départemental de l'instruction primaire 113

Délai. 113
Instruction de l'affaire 117
La défense. 119
Les débats. 121
Le jugement du Conseil départemental 125
Notification du jugement 126
Compétence du Conseil départemental. 127
Conclusion. 134

CHAPITRE III. — De l'appel devant le Conseil supérieur de l'instruction publique 136

De l'interjection de l'appel. 136
Procédure devant le Conseil supérieur. 138
L'arrêt d'appel et sa notification 141

Effets 142
Compétence du Conseil supérieur 142
Conclusion. 146

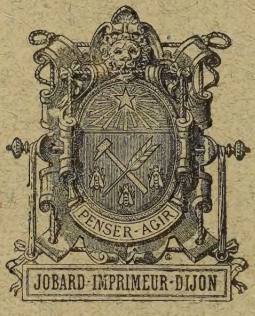
Chapitre IV. — Du recours en cassation devant le Conseil d'Etat. . . 149

Théorie du recours en cassation 149
Des causes d'ouverture de ce recours. 150
Procédure 153
Nature et effet du recours en cassation. 154

Conclusion 157

Du choix des opposants. 158
Des causes d'opposition 161
De la compétence des tribunaux universitaires 163
De la lenteur de la procédure d'opposition. 167
Esprit des réformes proposées. 168

Imp. Jobard, Dijon.


PENSER-AGIR
JOBARD-IMPRIMEUR-DIJON